المقدمة:

بِسمِ اللّهِ الرحمنِ الرحِيمِ

"يا أيها الذِين آمنواْ إِذَا تداينتم بِدينٍ إِلَى أَجلٍ مسمى فَاكْتبوه ولْيكْتب بينكُم كَاتِب بِالْعدلِ ولاَ يأْب كَاتِب أَنْ يكْتب كَما علمه اللّه فَلْيكْتب ولْيمللِ الذِي علَيهِ الْحق ولْيتقِ اللّه ربه ولاَ يبخس مِنه شيئًا فَإن كَانَ الذِي علَيهِ الْحق سفِيها أَو ضعِيفًا أَو لاَ يستطِيع أَن يمِل هو فَلْيملِلْ ولِيه بِالْعدلِ واستشهدواْ شهِيدينِ من رجالِكُم فَإِن لم يكُونا رجلَينِ فَرجلٌ وامرأَتان مِمن ترضونَ مِن الشهداء أَن تضِل إْحداهما فَتذَكر إِحداهما الأُخرى".

سورة البقرة الآية 282.

هكذا أمر الله سبحانه وتعالى بتدوين كل المعاملات لدى كاتب عدل من خلال نص الآية المذكورة أعلاه فتوثيق المعاملات ظهر مع ظهور الإسلام، فعندما أكدت الشريعة الإسلامية على أهمية الكتابة فان الكتابة في العصر الحديث تبوأت تلك الأهمية و تصدرت كافة أدلة الإثبات بل فإن القانون الوضعي قد اعتبرها في بعض التصرفات القانونية ركن من أركانه وذلك لكون الخليفة الإنسانية معرضة للخطأ والنسيان وعدم الدقة في الوقائع والمعاملات المبرمة.

لقد وضع المشرع الجزائري الأحكام العامة في الإثبات والتي تقوم على أساس نصاب التصرف القانوني وهذا طبقا للمادة 333 من القانون المدني المعدلة بالمادة 48 من القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو سنة 2005 المعدل والمتمم للقانون المدني والتي مفادها أن كل تصرف قانوني تجاوز نصابه 100.000 دج لا بد أن يتم إثباته بالكتابة، بالإضافة أنه يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورقة وهذا طبقا لنص المادة 44 من القانون السابق ذكره.

وتظهر الفائدة العملية للدليل الكتابي بصفة أساسية من جانب ما توفره للخصوم من ضمانات يشكل إنعكاسا صحيحا بالدرجة الأولى للحقوق القائمة فعلا بين الأطراف المتخاصمة ساعة إبرام العقد.

ويلجأ الناس في تثبيت حقوقهم إما إلى الكتابة الرسمية وإما إلى الكتابة العرفية وإما إلى تبادل المراسلات والمطبوعات وإنما بتسجيل ذلك في الدفاتر التجارية.

إلا أن الكتابة نفسها لا تخلو من العيوب فهي معرضة للتزوير وسوء التعبير واللبس و الغموض.

ومن خلال بحثنا سنتطرق إلى:

* ما هو السند الرسمي و السند العرفي ؟ و ما هي حجيتهما ؟

* كيف عالج المشرع الجزائري العقود العرفية المبرمة قبل قانون التوثيق ؟

* هل جميع العقود المحررة من طرف الموثق عقودا رسمية ؟

* ما الجديد الذي جاء به القرار المدني الصادر عن الغرف المجتمعة بتاريخ: 1997/02/18 تحت رقم 136156 ؟

سنحاول معالجة ذلك في دراسة قسمنها إلى ثلاث مباحث، حيث نتطرق في المبحث الأول إلى حجية السندات الرسمية، كما خصصنا المبحث الثاني لحجية السندات العرفية، وفي الأخير أي في المبحث الثالث تناولنا موقف الاجتهاد القضائي.

المبحث الأول: حجية السندات الرسمية

المطلب الأول: مفهوم السندات الرسمية

- **الفرع الأول:** تعريف السندات الرسمية
- **الفرع الثاني:** الشروط الواجب توافرها في السندات الرسمية
- **الفرع الثالث:** الآثار المترتبة على الإخلال بشروط السند الرسمي

المطلب الثاني: حجية السندات الرسمية في القانون المدني.

- **الفرع الأول:** حجية السند الرسمي فيما بين الطرفين

المبحـث الأول: حجـيــة الســنـدات الرسميـــة

تكتسي العقود الرسمية أهمية بالغة في الإثبـات فـي جميـع المـواد المدنيـة والتجارية والأحوال الشخصية وغيرها ولهذا فقد احاطهـا المشـرع بعنايـة خاصـة فحدد مدلول العقد الرسـمي وشـروطه والآثـار المترتبـة علـى تخلـف شـروطه وحجيته بين الأطراف واتجاه الغير.

المطلب الأول: مفهـوم السنـدات الرسميـة

الفرع الأول: تعريف السندات الرسمية

وهي الأوراق التي يقوم موظف عام مختص بتحريرها وفقا لأحكام قانونية مقررة وهي كثيرة ومتنوعة منها الأوراق الخاصة بالحالة المدنية ومنها الوثائق الرسمية القضائية كالأحكام والقرارات ومحاضر المنفذين ومنها الوثائق الرسمية العامة كالقرارات الإدارية والقوانين والمعاهدات. ومن أهمها أوراق الموثقين لأنها تتميز بتدخل إرادة الأطراف.

وقد عرفها المشرع الجزائري في نص المادة 324 **من القانون المدني"بأن العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة ما تم لديه أو تلقاه من ذوي الشأن وذلك طبقا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه**" ويقابلها نص المادة 390 من القانون المصري والمادتين 1317 و1318 من التقنين المدني الفرنسي.

- والعقود الرسمية نوعان[1]:

1- تعاقدية: تتوفر فيها ارادتين متبادلتين أي إيجاب من الطرف الأول وقبول من الطرف الآخر كالبيع، الهبة، الإيجار، الشركة.

2- تصريحية: ويقتصر فيها دور الموثق على استقبال التصريح ويحرر بشأنه عقد في قالب رسمي متى كان هذا التصريح غير مخالف للقانون مثل طلب إعداد فريضة، شهادة توثيقية، تصريح شرفي أو إقرار بالزواج من طرف واحد.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في السندات الرسمية

بالرجوع إلى نص المادة 324 من القانون المدني يتبين أن الشروط التي يجب توافرها ليكون السند الرسمي صحيحا هي:

أولا: صدور الورقة الرسمية من موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة:

أن الموظف العام هو الشخص الذي تعينه الدولة للقيام بعمل من أعمالها ويتنوع الموظفون العموميون بتنوع السندات الرسمية التي يصدرونها[1].

---

[1]- حمدي باشا عمر: نقل الملكية العقارية " في ضوء آخر التعديلات وأحدث الأحكام" دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص 107.

ويشمل تعريف الموظف جميع موظفي الدولة بمختلف مصالحها المركزية والخارجية، الولاية بجميع مصالحها الإدارية، البلدية بجميع مصالحها، المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري التابعة للدولة والولاية والبلدية ويخرج من مفهوم الموظف جميع عمال المؤسسات العمومية ذات الطابع الاقتصادي والتجاري وغيرها من المؤسسات التي تخضع لأحكام القانون العام ويخضع العاملون فيها لأحكام القانون رقم 90-11 المتضمن علاقات العمل المعدل والمتمم بالأمر رقم 21/96.

- أما الضابط العمومي: مثل الموثق، المحضر القضائي، المترجم.

- وليس من الضروري أن يكون من تصدر منه الورقة الرسمية موظف عام بل يكفي أن يكون مكلف بخدمة عامة ومثال المكلفين بالخدمة العامة الخبراء المقبولون الذين تعينهم المحكمة ورؤساء المجالس الشعبية المنتخبون.

- والسبب في إعطاء هذه الأهمية في الإثبات للمحررات التي يصدرها هؤلاء الموظفون والمكلفون بالخدمة هو الثقة التي توحيها مهمتهم بالنسبة لعموم الناس ومن ثمة فإنه لا يمكنهم تفويض سلطتهم إلى غيرهم.

- أما بالنسبة للعقود التي كانت تحرر سابقا من قبل القاضي الشرعي فهي تكتسي نفس الطابع الرسمي الذي يضفى على العقود التي تحرر من قبل الموظف العام أو الضابط العمومي وهو ما كرسته المحكمة العليا في القرار رقم: 40097 المؤرخ في:1989/06/03 مجلة قضائية1992 عددها 01 ص 119: "**من المستقر عليه فقها وقضاءا أن العقود التي يحررها القضاة الشرعيون تكتسي نفس طابع الرسمية التي تكتسيه العقود المحررة من قبل الأعوان العموميون وتعد عنوانا على صحة ما يفرغ فيها من اتفاقات وما تنص عليه من تواريخ بحيث لا يمكن إثبات ما هو مغاير أو معاكس لفحواها**

---

[1] - مفهوم الموظف العمومي محدد بموجب النصوص التشريعية و التنظيمية المتعلقة بالوظيفة العمومية و هو مكرس خاصة في النصوص التطبيقية للقانون العام للعمال لاسيما المرسوم الرئاسي رقم 85-59 المؤرخ في:23 مارس 1985 المتضمن القانون الأساسي النموذجي لعمال المؤسسات و الإدارات العمومية.

ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بخرق القانون غير مؤسس – ولما كان من الثابت – في قضية الحال أن القسمة المحررة من طرف القاضي الشرعي صحيحة ومعترف بها ومن ثم فإن قضاة الموضوع طبقوا القانون تطبيقا صحيحا."

- **ثانيا**: سلطة الموظف أو الضابط العمومي واختصاصه في إصدار السند الرسمي:

لا يكفي أن يكون السند صادرا عن موظف أو ضابط عمومي ليكون رسميا بل لابد أن يكون هذا الموظف أو الضابط العمومي قد تصرف في حدود سلطته واختصاصاته والمقصود بالسلطة – كما يعرفها فقهاء القانون- هي ولاية الموظف أو الضابط العمومي و أهليته[1].

- الولاية: يجب أن تكون ولاية الموظف أو الضابط العمومي قائمة وقت تحرير السند الرسمي فلو قام الموظف قبل تعيينه بتحرير سند رسمي فإنه يكون باطلا.

- الأهلية: يجب أن يكون الموظف أو الضابط العمومي أهلا لتحرير جميع العقود التي تدخل في اختصاصه.

* اختصاص الموظف أو الضابط العمومي إقليميا في إصدار أو تحرير السند الرسمي: يرتبط الاختصاص الإقليمي لكل موظف عمومي في السلك الإداري بدائرة الاختصاص للهيأة الإدارية التابع لها فاختصاص رئيس المجلس الشعبي البلدي يمتد إلى مجموع إقليم البلدية واختصاص مدير أملاك الدولة يمتد إلى كامل إقليم الولاية وهكذا. غير أن الاختصاص الإقليمي للموثق يخرج عن هذه القاعدة ليمتد اختصاصه إلى كامل التراب الوطني وهو ما نصت عليه المادة 2 من قانون رقم 88-27 مؤرخ في: 12 يوليو سنة 1988 يتضمن تنظيم التوثيق، ويتعلق الاختصاص الإقليمي عموما بأحد الأمرين:

1- زيتوني عمر، مقال بعنوان حجية العقد الرسمي، مجلة الموثق، العدد 3، 2001، ص: 42.

1- موطن الأطراف أو محل إقـامتهم أو المـوطن المختـار مـن طـرفهم لإبرام العقد أو مكان حصول الواقعة القانونية كما هـو الحـال فـي عقـود الـزواج وسائر عقود الحالة المدنية.

2- موقع ومحل وجود الأمـوال موضـوع العقـد لاسـيما فـي المعـاملات الواردة على الأموال العقارية والمحلات التجارية والأموال المرهونة.

ثالثا: مراعاة الأشكال والأوضاع التي قررها القانون:

- أن هذا الشـرط مكـرس بموجـب **المـادة 324 مـن القـانون المـدني** وتحدد النصوص التشريعية والتنظيميـة الخاصـة عـادة كيفيـة تحريـر السـندات الرسمية فتحدد العناصر والبيانات التي يجـب أن تشـتمل عليهـا والشـكليات التـي يخضع لها كل عقد مثلما هو الحال بالنسبة لقانون التوثيـق الـذي حـدد فـي نـص المادة 18 كيفية تحرير العقود. وكذلك الأمر في قانون الحالـة المدنيـة مـن خـلال نص المادة 63 والمرسوم رقم 76-63 المتعلق بتأسـيس السـجل العقـاري المـواد 61 و71. إن بعـض النصـوص التشـريعية لا تكتفـي بتحديـد تلـك العناصـر والشكليات بل تحيل على التنظيم مهمة إصدار نمـاذج كاملـة للسـندات كمـا هـو الحـال فـي المرسـوم التشـريعي رقـم 93-03 المـؤرخ فـي: 1993/03/01 المتعلق بالنشاط العقاري الـذي تـلاه صـدور مرسـومين تنفيـذيين تضـمن الأول تحديد نموذج عقد بيع على التصاميم والثاني نمـوذج عقـد الإيجـار وتنطبـق هـذه القاعدة بصفة عامة على العقود التي يخـتص بتحريرهـا كـل مـن مـدير أمـلاك الدولة ورئيس المجلس الشعبي البلدي واهم البيانات الـواردة فـي السـند الرسـمي: الهوية الكاملة لأطراف العقد، بالإضافة إلى الهوية الكاملـة للشـهود، ذكـر تـاريخ العقد، اسم الضابط العمومي محرر السند بالإضافة إلى توقيعه.

- أما شهود العقد الرسمي ثلاثة أنواع: [1]

1- شهود التعريف" شهود التأكيد "les témoin certificateurs

[1] - حمدي باشا، المرجع السابق، ص 109

وهم الشهود الذين يضمنون هوية المتعاقدين وحضـورهما فـي العقـد لـيس واجبا إلا إذا كان الموثق يجهل هوية الأطـراف وهـذا طبقـا لـنص **المـادة 324 مكرر2 فقرة3 من القانون المدني**، لذلك يجوز للموثق تحريـر عقـد بيـع أو عقـد إيجار أو عقد شركة بدون حضور شهود الإثبات

2- شهود العدل: "شهود العقد" les témoins instrumentaires

وهم الذين يساهمون في انشاء العقد وتكوينه وشـهادتهم واجبـة فـي العقـود الإحتفالية " Actes solennels" تحـت طائلـة الـبطلان إعمـالا بـنص **المـادة 324 مكرر3 من القانون المدني المعدلـة بالقـانون رقـم 05-10 المـؤرخ فـي 20 يونيو سنة 2005 بموجب المادة 45** التـي تـنص:" **يتلقـى الكاتـب العمـومي تحت طائلة الـبطلان العقـود الاحتفائيـة بحضـور الشـاهدين**"، ومثالهـا الهبـة، الوصية، الوقف والزواج فهذه الأنواع مـن العقـود حضـور شـهود العـدل فيهـا ضروري.

3- شهود التشريف: les temoins d'honneurs ولـيس لهـم أيـة قيمـة قانونية وإنما يحضرون على سبيل التشريف.

- أما بالنسبة للعقد الرسـمي الناقـل للملكيـة العقاريـة فـإن **المـادة 324 مكرر 4 من القانون المدني** أضاف شروط أخرى والتي تتمثل في:

- أن يكون العقد محررا أمام الموثـق بالنسـبة للعقـارات التابعـة للأفـراد وبمعية مدير أملاك الدولة بالنسبة للعقارات التابعة لهذا الأخير.

- أن يكون مكرس لاتفاق الطـرفين أي أن يتطـابق الإيجـاب مـع القبـول حول جميع المسائل الجوهرية في العقد.

- أن يكون مبرم بين الطرفين يحـوزان أهليـة التعاقـد: أي بـالغين لسـن الرشد المدني وهو19 سنة وغير محجور عليهمـا طبقـا للمـادة 40 مـن القـانون المدني.

- أن يحتوي على أصل الملكية: وذلـك بتبيـان أسـماء المـالكين السـابقين وعند الإمكان صفة وتاريخ التحويلات المتتاليـة وهـذا مـن اجـل تجنـب الوقـوع في التصرف في ملك الغير.

- محدد للعقار تحديدا نافيا للجهالـة مـن ناحيـة موقعـه، رقمـه، مسـاحته ومعالمه الحدودية.

- مراعيا للإجراءات الشكلية المنصـوص عليهـا فـي **المـادة 324 مكـرر 02 وما بعدها من القانون المدني والمـادة 61 ومـا بعـدها مـن المرسـوم 76-63 المتعلق بتأسيس السـجل العقـاري والمـادة 15 ومـا بعـدها مـن القـانون رقم27/88 المؤرخ في: 1988/07/12 والمتضمن تنظيم مهنة التوثيق**.

- معاين لتسديد المبلغ بالنسبة للعقود المبرمـة أمـام الموثـق: بعـد صـدور قانون المالية لسنة 1998 أصبح فقط خمس 5/1 ثمـن نقـل الملكيـة يـدفع لزومـا مابين يدي الموثق[1].

- وهذا مـا أكـده قـرار المحكمـة العليـا رقـم011 112 مـؤرخ فـي: 1994/06/08" غيـر منشـور" **(أن الحكـم الأول والاشـهاد بصـحة بيـع محـل تجاري ويصرف الأطراف أمـام الموثـق للقيـام بـإجراءات نقـل الملكيـة طعـن بـالنقض لأن المـادة 79 مـن القـانون التجـاري و324 مكـرر1 مـن القـانون المدني توجب الرسمية تحت طائلة البطلان.**

- أن الشكل الرسمي في عقـد بيـع القاعـدة التجاريـة شـرط ضـروري لصحته وأن تحرير عقد البيع فـي شـكل آخـر يخـالف القـانون ويـؤدي إلـى بطلان العقد).

رابعا: وظيفـــة التسجيـل

إضافة إلى تحرير العقـد علـى الشـكل الرسـمي الـذي اشـترطه القـانون للتعبيـر عـن الإرادة اشـترط **قـانون التسـجيل الصـادر بتـاريخ:1976/12/09 بموجب الأمر76-105** على الموثق تسجيل مختلـف العقـود التـي يبرمهـا لـدى مصلحة التسجيل والطابع التابع لها مكتـب التوثيـق إقليميـا، إذ جـاء بالمـادة 75 فقرة 01 من قانون التسجيل: **(لا يمكـن للمـوثقين أن يسـجلوا عقـودهم إلا فـي**

---

[1]- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 109

مكتب التسجيل التابع للدائرة أو عند الاقتضاء في مكتب الولاية الذي يوجد بها مكتبهم).

ويلزم نفس القانون الموثقين تسجيل جميع العقود التي تحرر بمعيتهم في اجل لا يتجاوز شهرا وفي حالة التأخير في التسجيل يتعرض الموثق لعقوبات جبائية (دون نزع الصبغة الرسمية على العقد) طبقا **للمادة 58 من قانون التسجيل: (يجب أن تسجل عقود الموثقين في اجل شهر ابتداءا من تاريخها...)** وأضافت **المادة 93 : (أن الموثقين الذين لم يسجلوا عقودهم في الآجال المحددة تطبق عليهم العقوبات التأديبية من قبل السلطة المختصة التي يتبعونها من دون المساس بتطبيق العقوبات الأخرى المنصوص عليها في القوانين والأنظمة السارية المفعول عند الاقتضاء)[1].**

- والغرض من عملية تسجيل العقود الرسمية تمكين إدارة الضرائب من مراقبة ومتابعة جميع التحويلات في الملكية خاصة العقارية واعادة تقويمها وتحصيل الرسوم والضرائب المترتبة عليها[2].

خامسا: وظيفة الشهر

يعرف الاشهار العقاري بأنه نظام قانوني، له مجموعة من القواعد والإجراءات يضمن بها حق الملكية العقارية وكذا الحقوق العينية العقارية الأخرى وجميع العمليات القانونية الواردة على العقارات. إذن فإن الإشهار العقاري يلعب دورا هاما يتمثل في إعلام الغير حول الوضعية القانونية لعقارما وأيضا حول الثروة العقارية لشخص ما فضلا على أنه يلعب دور مهم في التشريع الجزائري يتمثل أساسا في إتمام نقل الملكية حتى بين الطرفين المتعاقدين، ومن جهة أخرى يبقى الإشهار إجباري ليس فقط بين طرفي العقد وإنما أيضا بالنسبة لكل طرف مشارك في العمليات الخاضعة لهذا النظام أو ما نسميهم بالمحررين(الموثقين، السلطات الإدارية، كتاب الضبط، القناصلة) طبقا

[1]- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 115.

[2]- زيتوني عمر، المرجع الآنف الذكر، ص 42.

لنص **المادة90 من المرسوم 76-63 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسـيس السجل العقاري واستينادا لأحكـام المـادة 14 مـن الأمـر 75-74 مـؤرخ فـي: 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام وتأسيس السجل العقاري.** ويكون الشهر إلزاميا بالنسبة للعقود التالية[1].

- كافة العقود الرسمية المنشـاة أو الناقلـة أو المعلنـة أو المعدلـة الـواردة على الملكية العقارية المعدة بعد تأسيس مجموعة البطاقات العقارية.

- كافة العقود والأحكام القضائية اللاحقة للإجـراء الأول الـذي كـان محـل تأسيس لمجموعـة البطاقـات العقاريـة الخاضـعة للإشـهار العقـاري بمقتضـى التشريع الجاري به العمل وكذا تسجيل الرهون أو الامتيازات.

- المحاضر المعدة من قبل مصلحة مسـح الأراضـي والمثبتـة للتعـديلات التي تخص العقارات المشهرة في مجموعة البطاقات العقارية.

- وبصفة عامة كل التعديلات للوضـعية القانونيـة لعقـار محـدد ومشـهر في مجموعة البطاقات العقارية.

إضافة إلى ذلك أوجب المشرع شـهر نـوع مـن العقـود تتعلـق بـالحقوق الشخصية وهو الأمر الذي نصت عليـه **المـادة 17 مـن الأمـر 75-74 المـؤرخ فـي: 1975/11/12(أن الإيجـارات لمـدة 12 سـنة لا يكـون لهـا أثـر بـين الأطراف ولا اتجاه الغير في حالة عدم إشهارها).**

- وفيما يتعلق بأجـال الشـهر ألزمـت المـادة 90 مـن المرسـوم 76-63 المؤرخ فـي:1976/03/25 المتعلـق بتأسـيس السـجل العقـاري الموثـق إيـداع العقود لدى المحافظة العقارية فـي الآجـال التـي حـددتها المـادة 99 مـن نفـس المرسوم وهذه المدة هي شهران يبدأ سريانها من تاريخ إبرام العقد.

وهو ما أكدته **المحكمة العليـا فـي القـرار رقـم 476 68 المـؤرخ فـي: 1990/10/21 مجلـة قضـائية 1992 عـدد1 ص 86: (وأن عمليـة الشـهر**

---

[1] - حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 120

العقاري هي وحدها التي تستطيع نقل الملكية طبقـا لمقتضـيات المـادة 793 مـن القانون المدني).

وعليه في حالة تـزاحم المشـترين فـإن الملكيـة تنتقـل إلـى مـن اتخـذ إجراءات الإشهار قبل الآخر ولو بساعات محدودة.

الفرع الثالث: الآثار المترتبة على الإخلال بشروط السند الرسمي:

يترتب على مخالفة الأوضاع أو اختلال شرط من الشـروط السـالف ذكرهـا بطلان السند الرسمي وفقد قرينة الرسمية التي يتمتع بها وبالتالي فقدان حجيتـه كسـند رسمي ولو كان التصرف القانوني موضوع السند في حد ذاته صحيحا[1].

- لم يحدد القانون المدني ولا قانون التوثيق الحـالات التـي يترتـب عليهـا بطلان السند الرسمي بحكم القانون ماعـدا حـالتي: عـدم دفـع الـثمن بـين يـدي الضابط العمومي وتلقي السند(العقد) الاحتفالي[2] بدون شاهدين.

- ومن ثم فإنه يجـب التمييـز بـين الأوضـاع والشـكليات التـي تعتبـر جوهرية ويترتب عليها البطلان وتتجلى فـي إحـدى الصـور التاليـة علـى سـبيل المثال لا الحصر:

- صدور السند من شخص ليس موظف ولا ضابط عموميا
- صدور السند مـن موظـف أو ضـابط عمـومي لكنـه غيـر مخـتص إقليميا أو موضوعيا.
- صدور السند بدون تاريخ.
- تلقي العقود الاحتفالية بدون شاهدين.
- تحرير السند بغير اللغة العربية باعتبارها اللغة الرسمية.
- عدم اشتمال السند على هوية الأطراف.

---

[1]- زيتوني عمر، المرجع السابق الذكر، ص:42.

[2]- حسب نص المادة 324 مكرر3 من قانون المدني المعدلة بموجب القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيـو 2005 المادة 45 منه – استبدال العقود الرسمية بالعقود الإحتفائية.

- والبطلان هنا مقرر قانونا إما بالنص عليه صراحة أو لكون المخالفة المستوجبة للبطلان تشكل مخالفة لقاعدة قانونية آمرة وملزمة أو لكونها تمس بقاعدة من القواعد المتعلقة بالنظام العام كقواعد الاختصاص والصفة والأهلية.

- أما مخالفة الأشكال والأوضاع والشروط التي لا تعد جوهرية ولا تشكل مخالفة للنظام العام، وليس من شأنها أن تؤثر على السند الرسمي فلا يترتب عليها البطلان ومثال ذلك:

- عدم كتابة التاريخ والأرقام بالحروف.
- الكتابة بين الأسطر أو التشطيب أو التحشير ما لم يكن ماسا بجوهر العقد
- أما الآثار المترتبة على بطلان السند الرسمي:

الأصل أن بطلان السند الرسمي يشمل السند كله بكل ما إشتمل عليه من بيانات بما في ذلك ثبوت تاريخه، ولكن يجب التمييز بين السند الرسمي والتصرف القانوني الذي يثبته هذا السند، فبطلان السند لا يستلزم حتما بطلان التصرف القانوني الذي يبقى قابلا للإثبات بالوسائل الأخرى التي يسمح القانون بها، ويجوز إثباته بالسند الباطل نفسه بوصفه سندا عرفيا متى توافرت شروطه وذلك باستثناء العقود والتصرفات القانونية التي يوجب فيها القانون الرسمية كشرط لصحتها مثل التصرفات الواردة على العقار والحقوق العينية العقارية وعقود الشركات والمحلات التجارية والرهون العقارية والحيازية وغيرها فإنها تبطل ببطلان السند المعد لإثباتها باعتبار شكل الرسمية ركن في العقد ذاته.

- وهو ما أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات نذكر منها:

- القرار رقم 36662 المؤرخ في: 1985/10/19 مجلة قضائية لسنة 1989 العدد الرابع صفحة 152 (إيجار- محل تجاري- تنازل عليه- عقد رسمي – تلقي موظف مصلحة السكن التنازل- ورقة رسمية- قضاء بخلاف ذلك- إنعدام الأساس القانوني- مخالفة القانون.

- متى كان من المقرر قانونا أن الورقة الرسمية هي التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عمومية ما تم لديه أو ما تلقاه من ذوي

الشأن طبقا للأوضاع القانونية في حدود سـلطته واختصاصـه لـذا فـإن القضـاء بما يخالف أحكام هذا المبدأ يعد خرقا للقانون.

- إذا كان ثابت في النزاع أن موظـف مصـلحة السـكن كـان قـد تلقـى تنازل المطعون ضده عن حقه في المحل التجاري المتنـازع فيـه لفائـدة الطـاعن ومنح هذا الحق المتنازل عنـه لهـذا الأخيـر فـإن قضـاة الاسـتئناف بقضـائهم رفض طلبات الطاعن كلها بسبب البطلان الناشئ عن عـدم وجـود إثبـات تنـازل بعقد رسمي طبقـا للمـادتين 69 و83 مـن القـانون التجـاري مـع اعتبـار أن المطعون ضده يظل حقه قائما في المحـل التجـاري، خرقـوا القـانون بتطبـيقهم أحكام القانون التجاري على بطلان الوصـل المـؤرخ فـي: 1973/04/11 إذا لـم يكن هذا القانون قد صدر في ذلـك الوقـت ودون الإشـارة إلـى شـهادة مصـالح السكن ولا تنازل المطعـون ضـده ولا لوصـولات الإيجـار المحـررة منـذ فـاتح شهر سبتمبر 1973 وكان لـذلك نعـي الطـاعن علـى قـرارهم مؤسسـا، ممـا يستوجب معه نقض وإبطال القرار المطعون فيـه تأسـيس علـى مخالفـة أحكـام هذا المبدأ).

- القرار رقم 11699 المـؤرخ فـي 1994/11/09 نشـرة القضـاة العـدد 51 طبعة 1997 ص116 (إلغـاء الحكـم الأول والإشـهاد بصـحة بيـع المحـل التجاري وبصرف الأطراف أمام الموثق للقيـام بـإجراءات نقـل الملكيـة- طعـن بالنقض لأن المـادة 79 مـن القـانون التجـاري والمـادة 324 مكـرر 01 مـن القانون المدني توجب الرسمية تحت طائلة البطلان- قبول الطعن.

- إن الشكل الرسمي في عقـد بيـع القاعـدة التجاريـة شـرط ضـروري لصحته وأن تحرير عقد البيع فـي شـكل آخـر يخـالف القـانون ويـؤدي إلـى بطلان العقد).

- وتنص **المادة 326 مكرر2 مـن القـانون المـدني** المعـدل علـى أنـه: (يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهليـة الضـابط العمـومي أو إنعـدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا مـن قبـل الأطـراف) ويسـتفاد مـن نـص المادة أن السند الرسمي متى كان باطلا لأي سبب مـن الأسـباب المـذكورة أعـلاه

سواء ما تعلق منها بعدم اختصـاص أو عـدم أهليـة الضـابط العمـومي أو عـدم احترام الأشكال والأوضاع المقـررة قانونـا، فإنـه يعتبـر غيـر رسـمي ويأخـذ مرتبة السند العرفي بشرط أن يكون موقعا من قبل الأطـراف، وتكـون لـه حجيـة السند العرفي ولا يكون لتحريره من طرف ضـابط عمـومي أي أثـر فيمـا يتعلـق بثبوت التاريخ إلا من تاريخ تسجيله والتأشير عليه مـن طـرف مفتشـية التسـجيل أو إيداعه وهذا تطبيقا للقاعدة العامة.

المطلب الثاني: حجيـة السنـدات الرسميـة في القـانون المـدني

يتمتع السند الرسمي بـافتراض تفيـد صـحته قانونـا كلمـا كـان مظهـره الخارجي يوحي بذلك وهذه القاعـدة مكرسـة بـنص **المـادة 324 مكـرر 5 مـن القانون المدني**[1] والتي تنص " **يعتبر مـا ورد فـي العقـد الرسـمي حجـة حتـى يثبت تزويره، ويعتبر نافذا في كامل التراب الوطني".**

- وهذه القرينة التي تتمتع بهـا الورقـة الرسـمية لا تحـدث أثرهـا إلا إذا اتسمت بحالة ظاهرة من الصحة والمشروعية كما تقـدم فـإذا ظهـر علـى شـكلها أنها مشوبة بعيب ظـاهر للعيـان كـأن تكـون مشـتملة علـى حشـو أو محـو أو تشطيب فإن مـن حـق المحكمـة وبـدون أن يطعـن فيهـا بـالتزوير مسـبقا أن تستبعدها من النزاع إذا تراءى للقاضي أن الفصـل فـي الـدعوى لا يتوقـف علـى المستند المدعى بتزويره وهذا طبقـا لـنص المـادة 156 مـن قـانون الإجـراءات المدنية.[2]

الفرع الأول: حجية السند الرسمي فيما بين الطرفين:

تنص **المـادة 324 مكـرر1/6: (يعتبـر العقـد الرسـمي حجـة لمحتـوى الاتفاق المبرم بين الأطراف المتعاقدة وورثتهم وذوي الشأن.**

غير أنه في حالة شكوى بسبب تزوير فـي الأصـل، يوقـف تنفيـذ العقـد محل الاحتجاج بتوجيه الاتهـام، وعنـد رفـع دعـوى فرعيـة بـالتزوير يمكـن للمحاكم حسب الظروف إيقاف تنفيذ العقد مؤقتا).

والمادة 324 مكرر7: (يعتبر العقد الرسـمي حجـة بـين الأطـرف حتـى ولو لم يعبر فيه إلا ببيانات على سبيل الإشارة، شـريطة أن يكـون لـذلك علاقـة مباشرة مع الإجراء.

---

[1] - نقلت حرفيا عن نص المادة 14 من الأمر رقم70-91 المؤرخ في: 1970/12/15 المتضـمن تنظـيم مهنـة التوثيق.

[2] - يحي بكوش أدلة الإثبات في القانون المدني الجزائري و الفقه الإسلامي، المؤسسة الوطنيـة للكتـاب، الطبعـة الثانية، 1988 ص118

- ولا يمكن استعمال البيانات التي ليست لها صلة بالإجراء سوى كبداية للثبوت).

- ويستفاد من نص المادتين أن السند الرسمي حجة على الأطراف وورثتهم وخلفهم ويشمل الخلف العام والخلف الخاص وهذه الحجية مستمدة من قرينة الرسمية التي توحي بالثقة والإئتمان متى كان السند في مظهره يوحي بصحته وسلامته إلى أن يثبت تزويره أو يثبت ما يخالفه.

فالخصم الذي يتمسك بسند رسمي لا يلزم بإثبات صحته طالما كان مظهره سليما. ويحمل الختم الرسمي للدولة وتوقيع الضابط العمومي الذي حرره.

- غير أنه ينبغي التذكير بأن البيانات الواردة في السند الرسمي ليست على مستوى واحد من الأهمية فهناك نوعان من البيانات التي يتضمنها السند الرسمي:

أ- بيانات يكون فيها للسند الرسمي حجيته حتى يطعن فيه بالتزوير:

وتشمل كل البيانات التي دونها الضابط العمومي فيما وقع من ذوي الشأن بمحضره وتحت نظره، أما ما دونه بحكم وظيفته ومهامه وتتمثل فيما يلي:

- حضور الأطراف والشهود والتأكد من هوية وشخصية المتعاقدين إما بوثائق رسمية أو بشهادة شاهدين تحت مسؤوليتهما.

- التأكد من أهلية المتعاقدين ببلوغ سن الرشد والخلو من العوارض الأهلية الظاهرة كالجنون أو العته أما العوارض الخفية في تأكد منها بواسطة شاهدين.

- تدوين مضمون تصريح الطرفين أمامه بالإيجاب والقبول والشروط الخاصة للعقد والعلم بها من قبل الأطراف.

- دفع وقبض الثمن إذا كان واجب الدفع بمعاينة وبين يدي الضابط العمومي.

- تاريخ السند وتوقيعه من قبل الأطراف والشهود بمحضر الضابط العمومي.

- الإشارة إلى تلاوة السند على الأطراف.

- صدور السند من الضابط العمومي ببيان اسمه ولقبه وصفته ومحل إقامته المهنية.

- فمثل هذه البيانات لا تكون قابلة للطعن فيها إلا بالتزوير ولا يقبل من الخصم الذي يدعي خلافها أية وسيلة أخرى لدحض ما ورد بالسند الرسمي.

ب- بيانات تكون لها الحجية حتى يثبت العكس:

وتتمثل في كل ما أثبته الضابط العمومي في السند الرسمي باعتباره وارد على لسان الأطراف أو الشهود أو ما دونه بناء على استماعه للأطراف، فلا تصل حجيته إلى حد الطعن بالتزوير وإنما يجوز إثبات عكسها بوسائل الإثبات المقررة قانونا مع التذكير أنه لا يجوز إثبات خلاف ما ورد بسند مكتوب إلا بالكتابة أو بمبدأ ثبوت بالكتابة تعززه البينة أو القرائن ومن أمثلة هذه البيانات:

- التصريح بمبلغ الثمن المتفق عليه وإقرار البائع باستلامه خارج مكتب الموثق في غير الحالات التي يتم فيه الدفع بين يدي الموثق لزوما.

- تصريح المشتري بأنه قد عاين المبيع وقبوله به على الحالة التي هو عليها.

- تصريح البائع بأن العقار المبيع خال مل كل قيد أودين أو تبعية.

- تصريح الأطراف بأنهم ليسوا في حالة حجر ولا إفلاس ولا تسوية قضائية ولا توقف عن الدفع.

- تصريح الأطرف بمهنهم، ومحل إقامتهم

- تعيين المبيع واصل الملكية، الذي يستنسخ من سندات أصل الملكية السابقة

- تعيين الورثة الشرعيين في عقد الفريضة الذي يدونهم الموثق بناءا على تصريح طالب الفريضة وشهادة الشاهدين.

- الإخفاء أو التخفيض من مبلغ الثمن المصرح به

فكل هذه البيانات وما يماثلها، التي يمكن أن ترد في سند رسمي تكون قابلة لدحضه بإثبات العكس ولا تكون قابلة للطعن فيها بالتزوير، حيث أن الضابط العمومي يدونها بالسند بناء على تصريحات الأطراف وبالتالي تكون على مسؤوليتهم ولا يكون الضابط العمومي محرر السند مسؤولا عن صحة

مضمونها وإنما يكون مسـؤولا فقـط مـن حيـث مطابقـة التصـريحات لمـا دون بالسند الرسمي.

لكن ما مـدى صـحة مضـمون التصـريحات ؟ قـد تحتمـل التصـريحات الصدق أوالكذب من الأطرف وبالتالي تقبل إثبات العكـس لأن الموثـق لـم يكتـب إلا ما أقره الأطراف صادقين كانوا أم كاذبين.

ولكن هناك نـوع ثالـث مـن البيانـات التـي يمكـن أن يتضـمنها السـند الرسمي وهي واردة على سبيل الإشارة كمـا عرفتهـا المـادة 324 مكـرر 7 مـن القانون المدني أي أنها لا تشكل عنصـر أساسـيا فـي العقـد مثـل: ذكـر مهنـة الأطراف والشهود وذكر أن المرأة متزوجة أو عازبة أو مطلقـة فـي غيـر عقـود الزواج وعقود الأحوال الشخصية، فإن هذا النوع مـن البيانـات تكـون لـه حجيـة حتى يثبت العكس إذا كانت متعلقـة مباشـرة بموضـوع العقـد أمـا إذا لـم تكـن متعلقة بموضوع العقد فلا تعد إلا كبداية ثبوت بالكتابة.

وقد أكدت المحكمة العليا على ذلك فـي **القـرار رقـم 20264 مـؤرخ فـي 2000/09/27** عن حجية عقد الشهرة[1] وجـاء فيـه مـا يلـي:(**حيـث أن العقـد التوثيقي يتضمن نوعين من البيانات:**

البيانات التي تتعلق بالوقـائع التـي يباشـرها الموثـق نفسـه أو الوقـائع المادية التي يقوم بها الأطراف أمام الموثق الذي يعاينهـا وهـذه البيانـات تكـون حجة حتى يطعن فيهـا بـالتزوير أمـا البيانـات بالتصـريحات والاتفاقـات التـي يتلقاها الموثق من الأطراف تكون حجة إلـى أن يثبـت عكسـها، حيـث أن قضـاة المجاس الذين سمحو بإثبات عكس ما تضـمنه عقـد الشـهرة المحـتج بـه مـن طرف الطاعن فيما يخص التصريحات التي أدلى بها الموثـق لـم يخـالفوا أحكـام المادة 324 مكرر 5 من القانون المدني ذلـك أن التصـريح الشـرفي المـدلى بـه للموثق من طرف الطـاعن حـول حيـازة القطعـة الأرضـية المـذكور مسـاحتها وحدودها في عقد الشـهرة يمكـن أن يدحضـه مـن ينـازع فـي محتـوى هـذا

---

[1]- أنظر الاجتهاد القضائي للغرفة العقارية، الجزء الثاني ،2004 ص 139، مقال للدكتور : صالح بـاي محمـد شريف.

التصريح وذلك بالدليل العكسـي ودون حاجـة إلـى الطعـن بـالتزوير فـي عقـد الشهرة).

وأكدت المحكمة العليا نفس التمييز فـي **قـرار مـؤرخ فـي: 2000/03/29 ملف رقم 190451** ويكيف عقد الشهرة "**ما هـو إلا عقـد تقريـري يقتصـر علـى مجرد الإثبات**"

وبالرغم من الحجية التي يعطيها القـانون للورقـة الرسـمية، فـإن ذلـك لا يمنع القاضي من أن يقوم بتفسـيرها ولا يعتبـر تفسـيره مساسـا بحجيـة الورقـة لأنه إنما يبحث عن نية المتعاقدين وعـن محتـوى الاتفـاق المبـرم بينهمـا ولكـن يجب ألا يتعرض للشكل الذي صيغ فيه ذلك الاتفاق[1].

الفرع الثاني: حجية السند الرسمي بالنسبة للغير

وردت **المادة 324 مكرر5 من القانون المدني** بصـيغة مطلقـة فـي نصـها على حجية العقد الرسمي على خـلاف المـادتين المـواليتين –ومـن هـذه المـادة نستخلص أن السند الرسمي حجة على الكافة وليس علـى أطـراف العقـد وخلفهـم فقط ويسري على الغير ما يسـري علـى الأطـراف فيمـا يتعلـق بحجيـة السـند الرسمي سواء فيما يتعلـق بالبيانـات القابلـة للطعـن بـالتزوير وحتـى البيانـات الواردة في السند على سبيل الإشارة، فإذا ادعى الغيـر أن التصـرف المـدون فـي الورقة الرسمية ليس بيعا كما تدل عليه وإنما هـو هبـة مسـتترة فـإن بامكانـه أن يثبت ذلك بالوسائل المختلفة أما إذا أنكـر حصـول العقـد أمـام الموظـف فلـيس أمامه إلا طريق الطعن بالتزوير.

الفرع الثالث: حجيـة صـور السنـد الـرسمي

أن الأوراق التي يحررها الموثق على نوعين:

أ- الأصول التي يحتفظ بها في مكتبه وتحت مسـؤوليته وهـذا طبقـا لـنص **المـادة 4/6 مـن قـانون رقـم 88-27 المـؤرخ فـي: 12 يوليـو1988 الـذي يتضمن تنظيم التوثيق.**

---

[1] - يحي بكوش، المرجع السابق، ص 118

ب- أصول أخرى يحررها أو يصادق عليها ولكنه لا يحتفظ بها وإنما يسلمها لذوي الشأن مباشرة كالوكالات البسيطة والمخالصات والاشهادات، غير أنه من الناحية الواقعية فإن جميع السندات يحتفظ بأصلها على سبيل الاحتياط والاحتراز من التلاعب بها وتزويرها.

*** الفرق بين الأصل والصورة**: أن أصل الورقة الرسمية هو الذي يحمل التوقيعات وهي التي تعتبر من صنع الموثق، أما الصورة فهي لا تحمل التوقيعات وليست صادرة من الموثق إلا في حدود ما هي منقولة عن الأصل بواسطته أو بواسطة موظف تابع له، فهي من هذه الناحية ورقة رسمية ولكن رسميتها محدودة في كونها صورة لا في كونها أصلا، والمفروض أنها مطابقة للأصل مطابقة تامة بما ورد فيه من بيانات وما تحمله من توقيعات وأنه لا فرق بين الصورة الخطية أي النسخة وبين الصورة الفتوغرافية.

ولكن في الغالب هو أن لا تكون الورقة التي يدلى بها أمام القاضي إلا صورة أو نسخة من الأصل الذي دونت فيه الحقوق أساسا، وبالرغم من أن الصورة تعكس أقل التفاصيل وأدق الجزئيات الموجودة في أصل الورقة الرسمية المصورة إلا أن القضاء يتخذ بشأنها قيمة الورقة الرسمية الأصل، كلما عرضت صورة كدليل للإثبات.

- فما هي قيمة هذه الصورة أو النسخة ؟ وإلى أي حد يمكن للقاضي أن يطمئن إلى حقيقة الوقائع المسجلة بها ؟[1].

- إن ما يستنسخ أو يستخرج عن الأصل ولا يحمل إلا إمضاء وختم الموظف أو الضابط العمومي فيسمى نسخة عادية، أو نسخة تنفيذية أو مستخرج، وتتضمن النسخة العادية النص الكامل للسند الرسمي المحفوظ قانونا وتسلم عادة للأطراف عند كل طلب، وذلك من اجل الاحتفاظ والاستعمال أو الاستدلال أو الاستظهار بها عند الحاجة.

[1] - يحي بكوش المرجع السابع ، ص 120.

بينما يتضمن المستخرج ملخص يشمل كـل البيانـات الرئيسـية فـي العقـد كالتاريخ وبيانات محرر السند وهوية أطراف العقد وتعيـين العقـار وتعيـين الـثمن وتحرر هذه المستخرجات بصفة رئيسية لتقديمها إلـى مصـالح التسـجيل والطـابع رفقة الكشوف الخاصة بتسجيل العقود الرسمية ولا يوجـد مـا يمنـع مـن تسـليمه للأطراف بناءا على طلبهم.

- أما النسخة التنفيذية فإنها تشتمل بالإضـافة إلـى الـنص الكامـل للسـند، الصيغة التنفيذية وهي نفس الصـيغة التنفيذيـة الخاصـة بالأحكـام الصـادرة عـن المحاكم مثلما حددتها المادة 320 من قـانون إجـراءات المدنيـة، وتسـلم النسـخة التنفيذية مرة واحدة بناء على طلب احد الأطـراف أو بـأمر مـن رئـيس المحكمـة من اجل تمكين الدائن بالالتزام من تنفيذ السـند الممهـور بالصـيغة التنفيذيـة ضـد المدين بكل وسائل التنفيذ بما في ذلك الحجز التنفيـذي واسـتعمال القـوة العموميـة عند الإقتضاء وذلك طبقا **للمادة 20 مـن قـانون رقـم 88-27 المـؤرخ فـي:12 يوليو1988 الذي يتضمن تنظيم التوثيق**[1]**.**

- تنص المادة 325 من القانون المدني:"إذا كـان اصـل الورقـة الرسـمية موجودا، فإن صورتها الرسمية خطية كانـت أو فتوغرافيـة تكـون حجـة بقـدر الذي تكون فيه مطابقة للأصل.

- وتعتبر الصورة مطابقة للأصل ما لم ينـازع فـي ذلـك أحـد الطـرفين، فإذا وقع تنازع ففي هذه الحالة تراجع الصورة على الأصل".

- وتنص المادة 326 من القـانون المـدني:"إذا لـم يوجـد أصـل الورقـة الرسمية كانت الصورة حجة على الوجه الآتي:

- يكون للصورة الرسمية الأصلية تنفيذية كانـت أو غيـر تنفيذيـة حجيـة الأصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للأصل.

---

[1]- زيتوني عمر، المرجع السابق ، ص 43

- ويكون للصورة الرسـمية المـأخوذة مـن الصـورة الأصـلية الحجيـة ذاتها ولكن يجوز في هذه الحالة لكـل مـن الطـرفين أن يطلـب مراجعتهـا علـى الصورة الأصلية التي أخذت منها.

- أما ما يؤخذ من الصـورة الرسـمية للصـورة المـأخوذة مـن النسـخ الأول فلا يعتد به إلا لمجرد الاستئناس تبعا للظروف".

-يتبين من هذه النصوص أن هناك حالتين متميزتين:

أ/- حالة ما إذا كان اصل الورقة الرسمية موجودا.

ب/- حالة ما إذا كان اصل الورقة الرسمية مفقودا.

أولا: حجية الصورة إذا كان الأصل موجود.

لكي تكون للصورة حجية الورقة الرسمية ذاتهـا فـإن القـانون فـي المـادة 325 من القانون المدني يشترط توافر أمرين أساسين(1):

* يجب أن يكـون اصـل الورقـة الرسـمية موجـودا: أي محفوظـا لكـي يمكن الرجوع إليه عند الحاجـة وعلـة ذلـك أنـه لا قيمـة للصـورة أو النسـخة الخطية في حد ذاتها وإنما تستمد قيمتها من مدى مطابقتها للأصـل ومـن ثـم فـأن بإمكان الخصم الذي يحتج عليه بصورة رسـمية أن يطلـب إحضـار الأصـل، ولا يشترط القانون أي شكل في ذلك ويلزم القاضـي بـالأمر بإحضـارها ولا يسـتطيع الامتناع عن ذلك بحجة أن الصورة تشتمل علـى ضـمانات تـدل علـى مطابقتهـا التامة للأصل، كما أنه لا أهمية للموظف الذي حرر الصورة أو استخرجها.

* يجب أن تكون هذه الصورة رسمية: فإذا كانـت صـورة عاديـة فإنـه لا يعتد بها وقد تكون هذه الصورة الرسمية صورة عن الأصل ذاتـه كمـا قـد تكـون صورة عن صورة رسمية للأصل والحـل فـي جميـع الحـالات سـواء طالمـا أن الأصل موجود فإنه يمكن دائما مضاهاتها به.

1- د عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الجزء الثـاني، دار النهضـة العربية- القاهرة، الطبعة الثانية ص 210.

- فإذا توافر هـذان الشـرطان قامـت قرينـة قانونيـة علـى أن الصـورة مطابقة للأصل وتكون لها حجيتها، غير أن هذه القرينة غيـر قاطعـة وهـي قائمـة مادام لم ينكرها الخصم فإذا نازع فيها وجب مراجعتها على الأصل.

ثانيا: حجية الصورة متى كان الأصل غير موجود

أن هذه الحالة تنطبـق علـى صـور الأوراق الرسـمية ولا تنطبـق علـى الأوراق العرفية وهذا أمر طبيعي لأن المحـررات العرفيـة لا تـوفر أدنـى شـيء من الضامانات لأنها لم تحرر أمـام موظـف عمـومي وتشـمل هـذه الحالـة كـل الصور التي ينعدم فيها الأصل نتيجة تلاف أو حـرق أو نحـو ذلـك وتشـمل حتـى الأوضاع التـي يوجـد الأصـل فيهـا لـدى موظـف أجنبـي مثـل الاحـتلال أو الثورات.

- ويجب على الخصم الذي يريد الاستفادة من هـذه الحالـة بتقـديم صـورة لأصل يزعم عدم وجوده أن يتولى إثبات انعدام الأصل.

- وتشمل هذه الحالة على ثلاثة فروض:

-**أولا**: أن تكون الصورة الرسمية مـأخوذة عـن الأصـل مباشـرة سـواءا كانت مأخوذة عن الأصـل ذاتـه المحفـوظ أي عـن الصـورة التنفيذيـة أو عـن النسخة العادية الأولى وهذه الصورة الرسمية كلها لهـا حجيـة واحـدة هـي حجيـة الأصل المفقود وذلك متى كان مظهرها الخارجي لا يسـمح بالشـك فـي مطابقتهـا للأصل، أما إذا كان العكـس كمـا إذا كانـت مشـتملة علـى شـطب أو محـو أو تحشير فإن الصورة تسقط حجيتها فهي لا تستمد هـذه الحجيـة مـن الأصـل لأنـه مفقود. وإنما من ذاتها بالرغم من أنها لا تحمل توقيع الخصـم وبـالرغم مـن عـدم إمكانية مطابقتها على الأصـل وهـذا طبقـا لـنص **المـادة 1/326 مـن القـانون المدني.**

ثانيـا: أن تكـون الصـورة الرسـمية مـأخوذة عـن الصـورة الرسـمية الأصلية، وهي لا تعتبر صـورة عـن الأصـل إلا بطريـق غيـر مباشـر وهـذه الصورة لها نفس الحجية للصورة الرسـمية الأصـلية بشـرط أن تكـون الصـورة الرسمية الأصلية موجودة ليتمكن مقارنتهـا بهـا، وأمـا إذا كانـت هـذه الصـورة

مفقودة فإنها لا يعطى لها هذه الحجية وهذا طبقا لنص **المادة 2/326 من القانون المدني.**

ثالثا: أن تكون الصورة الرسمية مأخوذة عن الصورة المأخوذة عن النسخة الأولى وهنا تبتعد المسافة مابين الصورة والأصل فهي صورة الصورة أي الصورة الثالثة في هذه الحالة لا تكون للصورة أية حجية وإنما يمكن أن تؤخذ على سبيل الاستئناس لا غير أما إذا أقر بها الخصم فإن المشكل يزول وتسترجع الصورة حجيتها وهذا طبقا لنص **المادة 3/326 من القانون المدني.**

*حجية البيانات المقيدة في الفهارس والسجلات الرسمية:

أن السجلات العمومية التي يمسكها ويحتفظ بها الموظف أوالضابط العمومي[1] والخاصة بقيد السندات الرسمية والتي تخضع وجوبا للقيد في سجلات يومية وفهارس لعقود مرقمة ومؤشرة من طرف رئيس المحكمة المختص، تقيد فيها العقود وقد أوردت **المادة 326 مكرر1 من القانون المدني** حكما خاصا بها واعتبرت البيانات الواردة بها كبداية ثبوت بالكتابة ولكنها قيدت ذلك بشرطين اثنين هما:

1- أن يثبت فقدان جميع أصول الوثائق للسنة التي يبدو أن السند المحتج به قد حرر خلالها أو أن يثبت أن فقدان أصل هذا السند كان نتيجة حادث خاص.

2- أن يكون لدى الموثق فهرس قانوني منظم أي تتوافر فيه الشروط التي يفرضها القانون ويتضمن البيان بأن العقد المراد الاحتجاج به قد حرر فعلا في نفس التاريخ المدعى بتحريره فيه.

- ففي حالة تحقق هذين الشرطين تعتبر البيانات الواردة في السجلات كبداية ثبوت بالكتابة ويقبل عندئذ الإثبات بالبينة أي بشهادة الشهود ويصبح من الضروري الاستماع لمن كان شاهدا على العقد إن وجد على قيد الحياة ليتحول

[1]- زيتوني عمر، المرجع السابق، ص 34

الشاهد بذلك من شاهد على صحة السند الرسمي، إلى شاهد إثبات على التصرف القانوني وفقا لأحكام **المادة 333 من القانون المدني**.

الفرع الرابع: أمثلة عن العقود الرسمية ومدى حجيتها

أن العقود الرسمية كثيرة ومتنوعة- إلا أنه سنذكر البعض منها- فقد نصت على البعض منها **المادة 324 مكرر1 من القانون المدني: (زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أوكل عنصر من عناصرها أو التنازل عن أسهم من شركة أو حصص فيها، أو عقود إيجار زراعية أو تجارية أو عقود تسيير محلات تجارية أو مؤسسات صناعية في شكل رسمي ويجب دفع الثمن لدى الضابط العمومي الذي حرر العقد.**

- كما يجب تحت طائلة البطلان إثبات العقود المؤسسة أو المعدلة للشركة بعقد رسمي وتودع الأصول الناتجة عن هذه العمليات لدى الضابط العمومي المحرر للعقد).

- ا**لمادة 39 و91 من المرسوم رقم 76- 63 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري** والذي يؤكد أن الشهادة التوثيقية من العقود الرسمية.

- **بالإضافة إلى المادة 324 مكرر3 من القانون المدني** المعدلة بموجب القانون رقم05-10 المؤرخ في: 20 يونيو2005 والتي تتكلم عن العقود الإحتفائية[1] بقولها:(**يتلقى الضابط العمومي تحت طائلة البطلان العقود الإحتفائية بحضور شاهدين).**

وأهم العقود الاحتفائية عقد الهبة، الوصية، الوقف

- وسنتطرق إلى أهم العقود التوثيقية ونقسمها على النحو التالي:

[1]- حضور شهود العدل في العقود الإحتفائية واجب تحت طائلة البطلان

أولا: العقـود الـرسميـة

1-عقد البيع: يعـد عقـد البيـع أهـم السـندات التنفيذيـة المثبتـة للملكيـة العقارية بموجبه يقوم البائع بنقل ملكية عقار(مبنى أو غيـر مبنـى) إلـى المشـتري مقابل ثمن نقدي يدفع الخمس 1/5 أمام مرأى الموثق[1].

وعقد البيع المنصب علـى العقـارات بمختلـف أنواعهـا هـو اليـوم أكثـر العقود تداولا بين الناس وبالتالي يعتبر من أهم مجالات تدخل الموثق.

إذ جاء في القـرار رقـم 210419 المـؤرخ فـي: 2000/02/26 مجلـس الدولة الغرفة الثالثة **(حيث أن عقد بيع العقار لا ينعقـد ولا وجـود قـانوني لـه إلا إذا حرر أمام الموثق)**

- وقد جاء في قـرار آخـر عـن المحكمـة العليـا رقـم 11699 مـؤرخ فـي:1994/11/09 فيمـا يخـص بيـع المحـل التجـاري: **(إلغـاء الحكـم الأول والاشهاد بصحة بيع المحل التجـاري وبصـرف الأطـراف أمـام الموثـق للقيـام بإجراءات نقل الملكية- طعن بـالنقض- لأن المـادة 79 مـن القـانون التجـاري والمادة 324 مكرر1 من القانون المدني توجـب الرسـمية تحـت طائلـة الـبطلان – قبول الطعن.**

- أن الشكل الرسمي في عقد البيع شـرط ضـروري لصـحته وأن تحريـر عقد البيع في شكل آخر يخالف القانون ويؤدي إلى بطلان العقد).

2- عقد الإيجـار: يترتـب الـبطلان المطلـق بالنسـبة لعقـد الإيجـار، إذا تخلف ركن من أركانه كـأن يتخلـف الشـكل المطلـوب لانعقـاده بالنسـبة لعقـود إيجار التسيير الحر للمحلات التجارية التي أوجب المشـرع فـي المـادة 203 مـن القانون التجاري إفراغها في قالب رسمي تحت طائلـة بطـلان العقـد[2] وهـو مـا أشارت إليه المحكمة العليا فـي القـرار رقـم 164 36 المـؤرخ فـي 26 جـوان 1985 المنشور بالمجلـة القضـائية لسـنة 1989 عـدد 3 ص 116: **(متـى كـان**

---

[1]- قبل سنة 1998 كان ثمن البيع يدفع بكامله بين يدي الموثق اما بعد صدور قانون المالية لسنة 1998 أصبح فقط خمس 1/5 ثمن نقل الملكية هو الذي يدفع لزوما بين يدي الموثق.

[2]- حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص: 109.

من المقرر قانونا أن عقد إيجار التسيير الحر يحـرر فـي شـكل رسـمي وينشـر خلال خمسة عشرة يوما من تاريخـه، علـى مسـتخرج أو إعـلام فـي النشـرة الرسمية للإعلانات القانونية وينتهي بنفس الإجراءات التي نشر بها)

كما نصت **المـادة 324 مكـرر01 مـن القـانون المـدني** علـى أن عقـود الإيجار التجارية وعقود تسـيير المحـلات التجاريـة أو المؤسسـات الصـناعية لا بد أن تكون في شكل رسمي وإلا كانت باطلة.

3- عقد الشركة: تثبت الشركة بعقد رسمي وإلا كانـت باطلـة وهـذا وفقـا لنص المادة 545 من القانون التجاري ولا يقبل أي دليل إثبـات بـين شـركاء فيمـا يتجاوز أو يخالف ضد مضمون عقد الشركة[1].

يجوز أن يقبل من الغيـر إثبـات وجـود الشـركة بجميـع الوسـائل عنـد الاقتضاء وهـذا مـا أكـده قـرار المحكمـة العليـا رقـم 38060 مـؤرخ فـي: 1985/12/07 مجلة قضائية 1989 عـدد 4 ص 159: **(مـن المقـرر قانونـا أن جميع الوثائق التي تنشأ أو تعـدل الشـركات يجـب أن تحـرر فـي شـكل عقـد رسمي تحت طائلة البطلان.**

ومن المقرر كذلك أن شركة الأسهم بـين الأفـراد محظـورة بيـنهم ومـن ثم فإن القضاء بما يخالف ذلك يعد خرقا للقانون.

- ولما كان – في قضـية الحـال- أن إنشـاء الشـركة كـان فـي سـنة 1975 دون توضيح التاريخ ودون تبريـر هـذا التصـريح بورقـة رسـمية، فـإن قضاة الاسـتئناف بـأمرهم بـإجراء خبـرة لتصـفية الحسـابات بـين الأطـراف وإجراء تقييم المحل المتنـازع عليـه وتوزيـع ثمنـه، اعترفـوا ضـمنيا بوجـود الشركة بين الأطراف وهم بذلك خرقوا القانون).

- الأمر الذي أكدته المحكمة العليـا فيمـا يخـص "**الشـركة الفعليـة**" فـي القرار رقم 112011 مؤرخ في: 1994/06/08 غير منشور".

---

[1]- حمدي باشا عمر، القضاء التجاري، دار هومة، الجزائر، الطبعة 2002، ص 101.

(حيث أن الطاعن يقر صراحة في أقواله أمام محكمة أول درجة وفي مختلف مراحل الدعوى وأنه قام فعلا شركة مع المطعون ضده المدعي أصلا تتعلق بالأرباح فقط وليس برأس مال الشركة وهذا يكفي لإثبات الالتزام التعاقدي القائم بينهما والمتمثل في الشركة الفعلية المتنازع من اجلها وهذا في غياب الوثيقة الرسمية المنصوص عليها في المادة 418 من القانون المدني إذ أن المشرع لما اشترط إثبات الشركة كتابة فإنه أراد بذلك ضمان حقوق الأطراف بوسائل إثبات قاطعة والحفاظ على مصالح خزينة الدولة.

وعليه فأن الدفع بخرق القانون لعدم ثبوت الشركة كتابة يكون مردود مما يستوجب رفض الطعن لعدم تأسيسه.

4- عقد المبادلة(المقايضة)[1]: المبادلة عقد يلتزم بموجبه كل من المتعاقدين أن ينقل للآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود ومن الإشكاليات التي أثيرت على الصعيد التطبيقي بشأن المبادلة: "**تطبيق أحكام رسمية على عقد المبادلة**" فالكثير من عقود المبادلة العقارات التي تقدم للمناقشة أمام المحاكم ترد في شكل عرفي خاصة بالنسبة للأراضي الزراعية في المناطق الريفية، لكن المحاكم تتصدى لها بالرفض لعدم إفراغها في قالب توثيقي.

- تأسيس على نص **المادة 415 من القانون المدني** التي أكدت على أنه تسري أحكام عقد البيع على عقد المبادلة إذ يعتبر كل متقايض بائعا للشيء الذي كان مملوكا له وقايض به، ومشتريا في الوقت ذاته للشيء الذي كان مملوكا للطرف الآخر وقايض هو عليه.

- وبما أن الشكلية المطلوبة في عقد البيع هي الكتابة الرسمية فأن عقد المقايضة يخضع بدوره للكتابة الرسمية وبالتالي وجوب إثباته بعقد رسمي مشهر بالمحافظة العقارية عملا بنص **المادة 29 من قانون التوجيه العقاري**

[1] - حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص 26.

التي نصت على أنه:"**يثبت الملكية الخاصـة للأمـلاك العقاريـة والحقـوق العينيـة بعقد رسمي يخضع لقواعد الإشهار العقاري".**

ثانيا: العقود الإحتفالية:

هناك نوع معين من العقـود تسـمى العقـود الإحتفاليـة والتـي هـي فـي أساسها عقود رسمية لكن ليس كل العقود التوثيقية علـى عمومهـا عقـودا إحتفاليـة نذكر منها على سبيل المثال:

أ- عقد الهبة: تعتبر الهبة من التصـرفات الناقلـة للملكيـة والتـي يتبـرع بمقتضاها الواهب عما له لشخص آخر يسمى الموهوب له بدون مقابل.

وأكدت غرفة الأحوال الشخصية والمواريـث للمحكمـة العليـا فـي القـرار رقم 103056 المؤرخ فـي: 1994/11/09 نشـرة القضـاة 1997 عـدد 51 ص 67: **(يشترط في العقود المتضمنة نقل الملكية العقاريـة أن تحـرر علـى الشـكل الرسمي وإلا وقعت تحت طائلة البطلان).**

وتنص **المادة 206 من قانون الأسـرة** أن الهبـة تنعقـد بالإيجـاب والقبـول مع مراعاة أحكام قانون التوثيق في العقارات لـذا فـإن الهبـة تعتبـر باطلـة لعـدم استيفائها الشروط الجوهرية.

ب- **الوصية:** هي عقد احتفـالي ورسـمي لـذا أخضـعها المشـرع للشـكل التوثيقي وهو ما أشارت إليه المحكمة العليـا فـي القـرار رقـم 160350 المـؤرخ في: 97/12/23 مجلة الاجتهاد القضائي لغرفة الأحـوال الشخصـية عـدد خـاص لسـنة 2001 ص 295 **(مـن المقـرر قانونـا أنـه تثبـت الوصـية بتصـريح الموصى أمام الموثق وتحرير عقد بذلك وفـي حالـة وجـود مـانع قـاهر تثبـت بحكم ويؤشر به على هامش أصـل الملكيـة ومـن ثمـة فـإن قضـاة المجلـس بقضائهم باستبعاد الوصية الشفوية لسـبب عـدم التصـريح بهـا أمـام الموثـق طبقوا صحيح القانون).**

ثالثا: العقود التصريحية: وهي تلك العقود التـي يقتصـر فيهـا دور الموثـق على استقبال التصريح من الطالب ويحرر بشـأنه عقـد فـي قالـب رسـمي متـى

كان هذا التصريح غير مخالف للقانون ومـن جملـة العقـود التوثيقيـة التصـريحية في التشريع الجزائري الحالي:

أ- عقد الشهرة: هو عبارة عن محرر رسمي يعد مـن قبـل الموثـق طبقـا للأشكال القانونية وفي حدود سلطته واختصاصـه يتضـمن إشـهار الملكيـة علـى أساس التقادم المكسب بناء على تصريح طالب العقد.

- وما يلاحظ من خلال الممارسة التطبيقيـة أن بعـض الجهـات القضـائية أعطت لعقد الشهرة حجة أكثر من تلك التي منحها لـه القـانون حتـى وصـل بهـا الأمر إلى القول بأن عقد الشهرة لا يقبل الطعن فيه إلا بالتزوير.

- ويعد هذا الاتجاه منعدم الأساس القانوني كون أن عقـد الشـهرة مـا هـو إلا عقد تقديري وليس له أية حجية إلا تلـك التـي منحهـا القـانون لـه وهـو مـا أشارت إليه الغرفة العقارية للمحكمة العليـا فـي القـرار رقـم 190541 المـؤرخ في: 2000/03/29 مجلة قضائية 2000 عدد 1 ص 152[1].

ويذهب بنا القول إلى طرح التسـاؤل: **هـل جميـع العقـود المحـررة مـن طرف الموثق عقود رسمية ؟**

- هناك بعض العقود التي يحررها الموثـق إلا أنهـا عقـود عرفيـة الأمـر الذي أكدته المحكمة العليا في عدة قراراتها فنأخذ أهم مثال.

*** عقد لفيف:** لتعريف عقد اللفيف نرجع إلـى قـرار المحكمـة العليـا رقـم 68467 المـؤرخ فـي: 1990/10/21 مجلـة قضـائية 1992 عـدد 1 ص 84: (**من المقرر أن اللفيف هو عقد عرفي يحرر أمام الموثـق يثبـت فيـه تصـريحات الأطراف والشهود فقط ومن ثم فإن القضاء بما يخـالف هـذا المبـدأ يعـد منعـدم الأساس القانوني.**

1- " إن القرار المطعون فيه الذي قضى برفض دعوى الطاعن الرامية إلى إثبات ملكيته علـى الأرض المتنـازع عليها بحجة ان ملكيتها تعود إلى البلدية ولعدم ثبوت حيازته لها مستبعدا بذلك عقد الشهرة المتمسك به مـن طـرف الطاعن فإنه أصاب فيما قضى لأن عقد الشهرة حجيته محدودة في تصريحات الشهود التي يمكـن إثبـات عكسـها باعتباره عقدا تقريريا".

ولما كان الثابت في قضية الحال أن كلا مـن العقـدين المقـدمين للمحكمـة عرفيين ومن ثم فإن قضاة الموضوع بأخـذهم بـاللفيف واعتبـاره عقـد رسـمي دون توفره على الشروط المنصوص عليها قانونا خرقوا القانون)

- وكـذلك القـرار رقـم 113840 المـؤرخ فـي: 1994/02/07 مجلـة قضـائية 1994 عـدد 2 ص 158 : **(حيـث أن العقـد المـؤرخ 1985/10/13 ليس عقدا رسميا رغم تحرير بواسطة موثق لأنـه اكتفـى بقيـد اتفـاق الأطـراف فقط ولم يتم تسجيله أو شهره وليس له رقما تسلسـليا ولا يحمـل رقـم الفهـرس لهذا فالأمر يتعلق بمجرد عقد لفيف يعتبر بمثابة عقد عرفي).**

وعليه فإن عقد اللفيف الذي يعد عقدا عرفيا على الـرغم مـن تحريـره مـن قبل الموثق – حسب القضاء الجاري به لا يؤدي إلى نقل الملكية العقارية.

ومنه فإن العقد الرسمي هو العقـد الـذي تـوافرت فيـه الشـروط السـابق ذكرها وإذا اختل أحد هذه الشروط أعتبر العقد باطل.

- إلا أنه من الناحيـة العمليـة فـإن العقـد الرسـمي لا يطـرح إشـكالات بمقارنته بالعقد العرفي الذي ولحد الآن مازال التعامل بـه قائمـا، رغـم أنـه بعـد 1970 فإن العقـود العرفيـة المحـررة بعـد 1970/12/15 تعتبـر عقـود باطلـة بطلان مطلقا لهذا سنتطرق فـي المبحـث المـوالي إلـى مفهـوم العقـد العرفـي وحجيته وما هي أنواع العقود العرفية خاصة المنصبة حول العقارات.

المبحث الثاني: حجـــيــة السنــدات العــرفيـــــة.

السندات العرفية هي التي يحررها الأطـراف بمعـرفتهم وقـد شـاعت هـذه الكتابة بين الأفراد في مختلف المجتمعات مما اسـتوجب تنظيمهـا وتحديـد أحكـام وقواعد لتسويتها حماية لما تحمل من حقوق الأفراد في المجتمـع ولقـد مـر العقـد العرفي بعدة مراحل في التشريع الجزائري مـن عقـد لـه حجيـة العقـد الرسـمي إلى عقد باطل، وقبل التطرق إلى حجية العقد العرفي عبـر هـذه المراحـل ارتأينـا دراسة **ما هو العقد العرفي؟ وما هي الشروط الواجب توافرهـا فيـه؟ ومـا هــو حجيتـه ؟** وفي الأخير نتطرق إلى أنواع العقود العرفية التي عرفتها الجزائر.

المطلـب الأول: مفهـوم السنـدات العرفيـة

الفرع الأول: تعـريف السنـدات العرفية

السندات العرفية وهي تلـك المحـررات التـي يقـوم بإعـدادها الأطـراف سواء بأنفسهم أو بواسطة كاتب من أجل تصرف قـانوني ويـتم توقيعهـا مـن قبـل المتعاقدين وحدهم والشهود إن وجـدوا مـن دون تـدخل موظـف عـام أو ضـابط عمومي مختص ولا يعد التصـديق علـى توقيعـات الأفـراد مـن طـرف رئـيس المجلس الشعبي البلدي أو نائبه أو الموظف الذي ينتدبـه لهـذا الغـرض مـن قبيـل إضفاء طابع الرسمية على المحرر العرفي المصـادق عليـه وذلـك لأن التصـديق على التوقيعات لا يستهدف إثبات شرعية أو صـحة العقـد أو الوثيقـة إنمـا يثبـت فقط هوية الموقع دون ممارسة الرقابة على محتـوى ومضـمون العقـد وهـو مـا تنص عليه صراحة أحكام **المـادتين 1و2 مـن المرسـوم رقـم 77-41 المـؤرخ في: 1977/02/19 المتعلق بالتصديق على التوقيعـات،** غيـر أن التصـديق علـى التوقيعات من طرف المجلس الشعبي البلدي أو الموظـف المفـوض يعطـي للسـند العرفي تاريخا ثابتا ابتداءا مـن تـاريخ التصـديق علـى التوقيـع تطبيقـا لأحكـام المادة 328 من القانون المدني[1].

[1]- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص 17.

الفرع الثاني: الشروط الواجب توافرها في السندات العرفية

لم يضع المشرع الجزائري تعريف العقد العرفي بل اكتفى المشرع بتعريف العقد الرسمي بنص **المادة 324 من القانون المدني: (العقد الرسمي عقد يثبت فيه موظف أو ضابط عمومي أو شخص مكلف بخدمة عامة....)** فبالمعنى المخالف فإن العقد العرفي هو العقد المحرر من غير الأشخاص المذكورين في المادة أومن طرفهم لكن خارج أداء مهامهم وهذا ما أكدته **المادة 326 مكرر 2 من القانون المدني(يعتبر العقد غير رسمي بسبب عدم كفاءة أو أهلية الضابط العمومي أو إنعدام الشكل كمحرر عرفي إذا كان موقعا من قبل الأطراف).**

- فمن خلال هذا التعريف نلاحظ وجود شرطين للعقد العرفي هما الكتابة والتوقيع.

أولا: الكتابة: يتميز هذا النوع من الأوراق المعدة للإثبات بأن القانون لا يتطلب أي شكل معين في إعداده فليس من اللازم أن يتولى الأطراف المتعاقدون تحرير الورقة العرفية بأنفسهم بل يمكن أن يقوم بذلك أي شخص كان سواء في هيئة كاتب تابع لهم أولا أو يكون مستخدما متخصص في ذلك وقد يكون موظف عاما في غير هيئته الرسمية. كما قد تكون مكتوبة بخط اليد أو مهيأة على الآلة الراقنة أو آلة طباعة.

- كما لا يجب أن تكون اللغة المكتوبة بها الورقة العرفية هي اللغة الوطنية ضرورة -عكس الورقة الرسمية- فيمكن تحريرها باللغة العربية أو أية لغة أجنبية أخرى.

- ولا يشترط القانون كتابة التاريخ على الورقة العرفية ولكن هذه الورقة لا تكون حجة على الغير إلا إذا كان لها تاريخ ثابت حسب المادة 328 من القانون المدني.

- ومع ذلك فقد يوجب القانون على سبيل الاستثناء ذكر التاريخ على بعض المحررات العرفية ومثال ذلك السفتجة المادة 390 من التجاري، الشيك

742 من القانون التجاري، السند لأمر المـادة 465 مـن القـانون التجـاري ولكـن عدم ذكر التاريخ فيها لا يشكل سببا من أسباب البطلان.

- وإذا تعددت التواريخ في المحـرر العرفـي فـإن التـاريخ الأخيـر هـو الذي يجب أخذه بعين الاعتبار إلا إذا ثبت تزويره[1].

- وقد يساهم الشهود في إنشاء الورقـة العرفيـة ولكـن هـذه المسـاهمة لا يزيدها شيئا من الحجية ومع ذلك فقد يكون توقيـع الشـهود علـى الورقـة العرفيـة مفيدا لاحتمال أنه في حالة وقـوع إجـراءات مضـاهاة الخطـوط عليهـا يسـتدعى هؤلاء للتأكد على المصدر الحقيقـي للورقـة المتنـازع فيهـا كمـا أن وفـاة أحـد الشهود الذين وقعوا على الورقة العرفية يعطـي لهـا تاريخـا ثابتـا حسـب المـادة 328 من القانون المدني.

- ولا يشترط القانون ذكـر المكـان الـذي حـررت فيـه الورقـة العرفيـة ولكن قد يتعلق بذكر المكان فـي الورقـة العرفيـة أهميـة خاصـة لأن المكـان إذا وقع ذكره كان ذلك قرينة على أنه هو المكان الحقيقي الذي ابـرم فيـه العقـد ولـذا فقد تترتب عليه نتائج هامة خاصة ما يتعلق بالاختصاص المحلي.

ثانيا: التوقيـع على الورقـة: يتمثل التوقيـع علـى الورقـة العرفيـة فـي أن يضع الشخص بخط يده عليها لقبه أو اسمه أوهما معـا أو كنيتـه أو أيـة كتابـة أخرى ومن ثم لا بد أن يكـون التوقيـع باليـد وأمـا فـي المـواد التجاريـة فـإن بالإمكان أن يكون التوقيع بوضع ختم خاص في شكل توقيع la griffe

- ولا يمكن إعطاء أية قيمـة للتوقيـع إلا إذا كـان صـادرا مـن الطـرف الذي ينسب إليه ولذلك فإن الوكيل لا يوقع باسم موكلـه ولـو تلقـى تعليمـات فـي ذلك وإنما يجب أن يوقع باسمه الشخصي وبصفته نائبا عن موكله.

- وقد يقع التوقيع على الورقة العرفية من طـرف جميـع ذوي الشـأن فـي وقت واحد كما أنه قد يتم متفرقا وعلى مراحل أوفي أماكن مختلفة.

---

[1]- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 129.

- وقد يكون التوقيع قبل كتابة النص وعلى ورقة بيضاء ليقع ملؤها فيما بعد وهذا ما يسمى بالتوقيع على بياض غير أن هذه الطريقة فيها نوع من المشاكل إلا أن الشخص الذي يوقع على بياض مهما كانت غفلته يستطيع أن يتنصل من الالتزام المضاف على تلك الورقة فيثبت أن البيانات الموجودة بها ليست مطابقة لنواياه الحقيقية، وقد أضاف المشرع الجزائري إثر تعديل القانون المدني وفق القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 يونيو2005 يعدل ويتمم القانون المدني **البصمة**، وهذا طبقا لنص المادة 48 منه.

- والتوقيع ببصمة الإصبع لم يكن التقنين القديم ينص عليه إلا أنه ظهر في العمل أكثر ضمانا من التوقيع حيث أثبت العلم أن بصمات الأصابع لا تتشابه[1] وقد جعل المشرع الجزائري للبصمة قوة الإمضاء تلبية للطرف الآخر الذي يقصد التحفظ من الطعون التي قد توجه في المستقبل إلى صحة الإمضاء.

- وقد أضاف المشرع الجزائري إثر التعديل السابق ذكره: أنه يعتد بالتوقيع الإلكتروني وهذا طبقا للمادة 327 من القانون المدني المعدل متى توافر فيه الشروط المنصوص عليها في المادة 323 مكرر1 من مدى إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها.

الفرع الثالث: جزاء الإخلال بمبدأ التوقيع على الورقة العرفية

أن التوقيع هو الشكلية الأساسية اللازمة لصحة الورقة العرفية لأنها هي وحدها التي تدل على وجود الرضاء الضروري لإنشاء أي تصرف قانوني وبدون تلك الشكلية فليس هناك ما يدل على وقوع التراضي ومن ثم فإن الورقة تعتبر باطلة بدون توقيع عليها، ومع ذلك فقد يثور التساؤل عندما تكون الورقة مشتملة على إلتزامات ذات طابع تضامني كما هو الشأن في الكفالة إذا وقّع عليها بعض المتضامنين دون البعض الآخر، إن مما لا شك فيه

[1]- د عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق.

أن توقيع هؤلاء المتضامنين أو بعض منهم لا يشكل حجة على الذين لم يوقعوا على الورقة العرفية.

- أما إذا تبين من ظروف الدعوى أن عدم توقيع بعض الأطراف ليس امتناعا من موافقتهم على مضمونها أو أن ظروفا خاصة منعتهم من توقيعها فإنه بإمكان القاضي أن يعتبر الورقة حجة بالنسبة للجميع.

- وإذا كانت الورقة العرفية منشأة لالتزام من جانب واحد فإن التوقيع اللازم لصحة الورقة هو توقيع هذا الملتزم وحده[1].

- الأمر الذي أكدته المحكمة العليا في عدة قرارات والتي نذكر منها:

- قرار مؤرخ في: 1987/12/07 ملف رقم 45658 المجلة القضائية لسنة 1990 العدد الرابع الصفحة 61.

- إثبات عقد عرفي- قيامه بتطابق الارادتين- غير منكر ممن وقعه- صحيح(**من المقرر قانونا أن العقد يتم بمجرد تبادل الطرفان التعبير عن إرادتهما ومن المقرر أيضا أن العقد العرفي يعتبر صادرا ممن وقعه ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه ومن ثم فإن النعي على القرار المطعون فيه بمخالفة القانون والخطأ في تطبيقه في غير محله ويستوجب رفضه ولما كان من الثابت – في قضية الحال- أن الطاعن لا ينكر اتفاقه مع مطلقته باقتسامه المنزل الزوجي معها والزوجية قائمة بينهما طبقا للعقد العرفي الممضي من قبله فإن قضاة المجاس بتأييدهم الحكم المستأنف لديهم القاضي بإرجاع الغرفة والمطبخ للمطعون ضدها طبقوا صحيح القانون ومتى كان كذلك استوجب رفض الطعن).**

- وكذلك القرار المؤرخ في:1992/03/25 ملف رقم 81688 "غير منشور"

(العقد العرفي- عقد صحيح ممن وقعه- إذا لم يقع إنكاره ممن له عليه خط وإمضاء – القضاء بخلاف ذاك- نقض

---

[1] - يحي بكوش، المرجع السابق، ص 133

حيث يستفاد من وقائع القضية والقـرار أن قضـاة الموضـوع عـوض أن يناقشوا عقد البيع العرفي المذكور والذي أصبح لـه تـاريخ ثابـت بعـد تسـجيله يوم 1983/12/26 وبينوا إن تـوفرت أركانـه حسـب مفهـوم المـادة 351 مـن القانون المدني وإن أنكره أحد أطرافـه أم لا كـي يقـروا قـرارهم حـول حجيتـه ذهبوا رأسا إلى إبعاده بحجة أن البائع لم يثبت ملكيته لـلأرض المبيعـة مـع أنـه لا يوجد ما يفيد أنهم قد باعوا ملك الغير وأن هذا الغيـر قـد نـازعهم فـي ذلـك لأن البيع الفضولي يظل موقوفا على صـاحب الملـك إن شـاء إمضـاه وإن شـاء أبطله– نقض).

المطلب الثاني: حجيـة السنـدات العـرفية في القانون المدني

أن التعرف على الحجية التـي يمكـن أن تعطـي للورقـة العرفيـة يسـتلزم التعرض إلى عدد من المسـائل وهـي أهـم المراحـل التـي مـرت بهـا الورقـة العرفية ومدى حجيتها في كل مرحلـة بالإضـافة إلـى كيفيـة تنظيمهـا مـن قبـل المشرع والمحكمة العليا.

الفرع الأول: حجية السندات العرفية قبل صدور قانون التوثيق

للعقد العرفي حجية فيما بـين المتعاقـدين وحجيـة فـي مواجهـة الغيـر إذا استوفى الشروط القانونية التي سوف يـأتي بيانهـا وعلـى هـذا الأسـاس سـوف نتطرق لهذه الحجية في ثلاث فروع:

أولا: حجية الورقة العرفية من حيث مصدرها

على العكس مما قيل في الورقة الرسمية فـإن الورقـة العرفيـة ليسـت لهـا حجية في ذاتها من حيث المصدر وذلك لأنـه لا تسـاندها أيـة قرينـة تـدل علـى صدورها حقيقة ممن تنسب إليه أومن الشخص الذي وقعها.

- ويستثنى من ذلك ما إذا أودعـت الورقـة العرفيـة لـدى الموثـق ولكـن بشرط أن يكون الإيداع ثابتا وأن يقـوم بـه جميـع الأطـراف المتعاقـدة أو علـى الأقل الطرف المدين وعلة ذلك كما هو ظاهر هو أن القيمـة التـي تعطـى للورقـة العرفية في هذه الحالة إنما تستمد من محضر الموثـق عنـد الإيـداع الـذي يثبـت وحده مصدر الورقة العرفية وفيما عدا ذلك فليس للورقـة العرفيـة حجيـة الإقنـاع

إلا إذا اعترف بالتوقيع الوارد فيها بصفة تلقائيـة مـن طـرف الشـخص المنسـوب إليه أو إذا قرر القاضي ثبوت ذلك التوقيع على صاحبه.

- وسواء كان الأمـر إنكـار للتوقيـع أو عـدم تعـرف عليـه فـإن علـى القاضي أن يفصل في الورقـة موضـوع النـزاع ويبـدي رأيـه فيهـا باعتبارهـا مسألة أولية.

- فالورقة العرفية تفقـد قيمتهـا وتنهـار حجيتهـا بصـفة مؤقتـة بمجـرد الإنكار ويتعين على من يدعي صحتها أن يثبت ذلك[1].

- وللتأكد مـن صـحة التوقيـع أو عدمـه يلتجـيء القضـاة إلـى طريقـة مضاهاة الخطوط إما مباشرة بأنفسـهم وإمـا بالشـهود أو الخبـراء. وهـذا حسـب نص **المادة 76 من قانون الإجراءات المدنيـة:"إذا أنكـر احـد الخصـوم الخـط أو التوقيع المنسوب إليه أو ادعى عدم تعرفـه علـى خـط أو توقيـع الغيـر فيجـوز للقاضي أن يصرف النظر عن ذلـك إذ رأى أن هـذه الوسـيلة غيـر منتجـة فـي الفصل في النزاع وإلا فإنه يؤشر بإمضائه علـى الورقـة المطعـون فيهـا ويـأمر بإجراء تحقيق الخطـوط إمـا بمسـتندات أو بشـهود وإذا لـزم الأمـر بواسـطة خبير.**

- وتطبق القواعد المقـررة للتحقيقـات وإعمـال الخبـرة علـى إجـراءات تحقيق الخطوط).

- حيث أنه يستفاد من هذا النص أنه لا يلزم القضـاة بـاللجوء إلـى طريقـة مضاهاة الخطوط بمجرد الإنكار فإن بإمكـانهم أن يصـرفوا النظـر عـن ذلـك إذا تبين لهم أن هذه الوسيلة غير منتجة فـي الفصـل فـي النـزاع ويرفضـوا الورقـة باعتبارها مزورة أو مشبوهة لا توحي لهم بأية ثقـة كمـا أن بإمكـانهم أن يحكمـوا بصحة التوقيع الوارد فيها إذا قامت مؤيدات في ذلك.

ثانيا: حجية الورقة العرفين من حيث مضمونها:

[1]- على عكس الورقة الرسمية التي تستفيد من قرينة الرسمية التي تعفي من يستفيد منها من إثبات صحتها

إذا وقع الاعتراف بالورقة العرفية أو حكم بصحتها فإنها تصبح حجة عما ورد فيها[1].

إلا أنه لا بد من تحديد بعض مجالات الخلاف بينها وبين الورقة الرسمية.

أ/- السند الرسمي لا تسقط حجيته من حيث المبدأ إلا بالطعن فيه بالتزوير بينما يكفي انكار الخط أو التوقيع من طرف المدين في السند العرفي لتسقط حجيته.

ب/- يكون تاريخ السند الرسمي حجة على الكافة منذ توقيعه أما تاريخ السند العرفي فيكون حجة على موقعيه، ولا يكون حجة على الغير إلا منذ أن يكتسب تاريخا ثابتا بإحدى الطرق المقررة قانونا في **المادة 328 من القانون المدني.**

ج/- للسند الرسمي قوة التنفيذ، ويكون قابلا للتنفيذ جبرا بمجرد استخراج صورته التنفيذية، دون حاجة للحكم القضائي وذلك وفقا لمقتضيات **المادة 320 وما يليها من قانون الإجراءات المدنية والمادتين (6 و21) من قانون التوثيق رقم 88- 27.**

أما السند العرفي فليس له أية قوة تنفيذية فلا يجبر الخصم على تنفيذه إلا إذا حصل الدائن بالالتزام على حكم قابل للتنفيذ فينفذ حينئذ الحكم وليس السند العرفي.

ثالثا: حجية التاريخ بالنسبة للغير:

أن الورقة العرفية ليست في حد ذاتها إلا واقعة مادية من شأنها أن تحدث وضعا لدى الغير قد يكون قليلا وقد يكون كثيرا بحسب التاريخ الذي وقعت فيه تلك الورقة ولهذا تدخل المشرع ليمنع التحايل على الغير فوضع قرائن تدل على صحة التاريخ الذي تحمله الورقة العرفية وهذا ما يسمى

---

[1]- يحي بكوش، المرجع السابق، ص 138

بالتاريخ الثابت، إلا أنه قبل التطرق إلى الحالات التـي يكـون فيهـا التـاريخ الـذي تحمله الورقة العرفية ثابت لا بد من التطرق إلى مفهوم الغير.

*** مفهـوم الغيـر**

لكي يعتبر الشخص من الغير يجب أن تتوفر فيه ما يلي:

1- يجب أن لا يكون قد ذكر اسم الشخص كطرف في العقد

2- يجب أن يدعي الشخص بحق خاص بـه: وبالتـالي يسـتبعد مـن فكـرة الغير كل شخص يستمد حقه مباشرة مـن أحـد الأطـراف المتعاقـدة فـي الورقـة العرفية وعلى هذا فلا يعتبر من الغير الخلف العـام وكـل مـن كـان فـي حكمـه مثل الورثة أو الموصى لهم بحصة مـن التركـة مـن قبـل احـد المتعاقـدين فـي الورقة العرفية وهذا لأنهم يتلقون الحق عنه ويعتبرون ممثلين فيها.

- ولذا تعتبر من الغير في هذا الصدد:

أ- الخلف الخاص: هو كل من تلقى من سلفه حقـا معينـا كالمشـتري الـذي يعتبر خلفا خاصا للبائع، فإذا تصرف السلف (البـائع) فـي المـال المبيـع للخلـف (المشتري) فإن تصرفه لا يكـون نافـذا فـي حـق المشـتري إلا إذا كـان ثابـت التاريخ.

ب- الدائن الحاجز: إذا قـام الـدائن بـإجراء حجـز علـى أمـوال منقولـة موجودة عند مدينه أو موجـودة عنـد مـدين مدينـه فإنـه يعتبـر غيـرا بالنسـبة للتصرفات التي يجريها مدينه بعد إجـراء الحجـز علـى أموالـه ولا تسـري هـذه التصرفات في مواجهة دائنه الحاجز إلا إذا كانت ثابتـة التـاريخ أي ثبـوت واقعـة تؤكد أن التصرف الذي أجراه المدين كان قبل إجـراء الحجـز علـى أموالـه مـن طرف دائنه.

ج- دائنوا التاجر المفلـس: فالقـانون يرتـب علـى الحكـم بشـهر إفـلاس التاجر رفع يده عن إدارة أمواله ونشوء حق للـدائنين علـى أموالـه كـالحق الـذي

يترتب للدائن الحاجز على المال المحجوز فـلا يكـون التصـرف نافـذا فـي حـق الدائنين إلا إذا كان له تاريخ ثابت قبل شهر إفلاسه[1].

د- الدائن الطاعن في تصرف صادر من مدينـه بعـدم نفـاذ التصـرف: إذا ابرم مدين تصرفا مع شخص آخر لإفتقار ذمته المالية التـي هـي ضـامنة للوفـاء بديونه فإن دائنه إذا طعن ببطلان تصرفه مع الشـخص الآخـر فـلا يحـتج عليـه بتاريخ المحـرر العرفـي إلا إذا كـان ثابتـا لأن هـذا الـدائن الطـاعن بـبطلان تصرف مدينه يعتبر من الغير في مفهوم المادة 328 من القانون المدني

وعليه فبالرجوع **للمادة 328 مـن القـانون المـدني** التـي تـنص علـى:"لا يكون العقد العرفي حجة على الغير في تاريخه إلا منذ أن يكـون لـه تـاريخ ثابـت ويكون العقد ثابتا إبتداءا:

- يوم تسجيله.
- من يوم ثبوت مضمونه في عقد آخر حرره موظف عام.
- من يوم التأشير عليه على يد ضابط عام مختص.
- من يوم وفاة أحد الذين لهم على العقد خط وإمضاء.

غير أنه يجوز للقاضي تبعا للظروف، رفـض تطبيـق هـذه الأحكـام فيمـا يتعلق بالمخالصة.

- فيتبين من هذا النص أن المشـرع وضـع أربعـة قـرائن للتـدليل علـى ثبوت تاريخ الورقة العرفية وهي:

1- تسجيل المحـرر العرفـي: إن ممـا لاشـك فيـه أن التسـجيل يعطـي للمحرر العرفي تاريخا أكيدا وذلك لأنه يدل على أنه قـد أبـرم قبـل ذلـك التـاريخ حتما وهنا توجد واقعة مادية شهد بهـا موظـف التسـجيل ولـذلك فلـيس بإمكـان الغير أن يطعنوا في تاريخ التسجيل إلا بطريق التزوير وهـو الأمـر نفسـه إذا مـا أشر موظف أو ضابط عمومي مختص على الورقة العرفية.

[1]- د سليمان مرقس : الوافي في شرح القانون المدني ، دار الكتاب الحديث، القاهرة، الطبعة الخامسة، ص 281.

2- من يوم أن يؤشر على الورقة العرفيـة موظـف عـام مخـتص: مثـل ذلك أن تقدم الورقة في قضية فيؤشر عليها القاضي أوكاتب الجلسة.

3- **ثبوت مضمون المحرر العرفي في عقـد آخـر حـرره موظـف عـام**: فمن الطبيعي أن يكتسب المحرر العرفي الذي ينقـل فـي المحـرر الرسـمي تلـك الحجية تبعا له وذلك من اليوم الذي تم فيه تحرير المحرر الرسمي.

- ولا يلـزم أن يتضـمن المحـرر الرسـمي جميـع محتويـات المحـرر العرفي وإنما يكتفي أن يشتمل على ما هو أساسـي وجـوهري فيـه بحيـث يمكـن التعرف عليه أو ضبط تاريخه ولكن الإشارة العابرة لا تكفي.

4- **وفاة احد الذين لهم على الورقـة خـط أو إمضـاء**: إذا تـوفى شـخص أو أكثر من الأشخاص الـذين سـبق لهـم أن وضـعوا تـوقيعهم أو خطهـم علـى الورقة العرفية فإن ذلك يدل على أنها كانت موجـودة يـوم حصـول الوفـاة علـى الأقل ولهذا فإن لم يقع تسجيل الورقة العرفيـة أولـم يؤشـر عليهـا موظـف عـام فأن الوفاة هي الواقعة التي تعطي لها التاريخ الثابت ويسـتوي فـي ذلـك أن يكـون الأشخاص المتوفون ممن وقعـوا علـى المحـرر العرفـي بصـفتهم متعاقـدين أو شهودا أو مجرد كاتبين.

*** الاستثناء:**

هناك بعض الحالات التـي لا يكـون فيهـا للورقـة العرفيـة تـاريخ ثابـت ولكنها مع ذلك تكون حجة على الغير، وهذه الحالات هي:

الحالة الأولى: وتشمل الحالات التـي لا تخضـع لتطبيـق المـادة 328 مـن القانون المدني ليسـت جميـع الأوراق العرفيـة قابلـة لأن تنطبـق عليهـا أحكـام المادة 328 فهناك بعض منها يخـرج عـن نطاقهـا ومعنـى ذلـك أن الأشـخاص الذين يصدق عليهم وصف الغير يمكن أن يحتج علـيهم مـع ذلـك بتـاريخ الورقـة العرفية ومن هذه الحالات:

المادة التجاريـة: أن المـادة 328 مـن القـانون المـدني لا تنطبـق علـى المنازعات التجارية وهذه القاعدة راجعة إلى مبدأ حريـة الإثبـات الـذي تتسـم بـه هذه المنازعات.

المخالصات: les quittances لقد استقر في الاجتهاد القضائي أن المخالصات لا تخضع لأحكام المادة 238 من القانون المدني وأن المدين يستطيع أن يثبت تحرره من الدين بمخالصة ليست بذات تاريخ ثابت وتبرر هذه القاعدة نص المادة 328 في فقرتها الأخيرة على أنه " **يجوز للقاضي، تبعا للظروف رفض تطبيق هذه الأحكام فيما يتعلق بالمخالصة**" وينطبق هذا الاستثناء على المخالصات التي وقعت في ميعادها أما إذا كانت سابقة لأوانها فإن على المدين الذي يدفع دينه قبل حلول أجله أن يقدم البينة للغير، شرط أن يكون الدفع حقيقيا لا شبهة فيه.

الكتابات الخاصة: أن المادة 328 من القانون المدني لا تعني إلا المحررات العرفية المعدة خصيصا للإثبات وهي ما يسمى بالسندات (actes insrumentaires) أما ما عداها كالأوراق المنزلية والدفاتر التجارية فتعتبر أجنبية عن هذه المادة.

الحالة الثانية: حالة علم الغير بالورقة: إذا ثبت أن الغير كان عالم بالورقة العرفية التي ليست ذات تاريخ ثابت فإنه يحتج بها عليه[1].

الحالة الثالثة: التنازل عن الحق في التمسك بعدم التاريخ الثابت: إن مقتضيات المادة 328 من القانون المدني ليست من النظام العام، لأنها شرعت لحماية مصالح الأفراد ضد التعسفات الناجمة عن تسبق التواريخ في المحررات العرفية ويترتب على ذلك أن بإمكان الغير أن يتنازل عن هذه الحماية القانونية بالاعتراف إما صراحة، بصحة التاريخ الموجود على الورقة التي يحتج بها عليه وإما ضمنيا بأن يتصرف بما لا يقبل مجالا للشك في أن قصده هو عدم التمسك بعدم وجود التاريخ الثابت.

*** تنظيم العقود المبرمة قبل قانون التوثيق:** دراسة خاصة بالنسبة للعقود العرفية الواردة على العقار والمبرمة قبل 1971.

---

[1] - يحي بكوش ، المرجع السابق ، ص 141

- أن عملية نقل الملكية العقارية وإثباتها في تلك الفترة لم يكن يشترط في صحتها الشكل الرسمي ويكفي فيها الشكل العرفي تكريسا لمبدأ الرضائية الذي كان يسود ويطبع المعاملات العقارية في تلك الحقبة الزمنية مع ضرورة توافر أركان العقد من تراضي، محل وثمن...الخ.

- لكن انتقال المشرع الجزائري من نظام الشهر الشخصي الموروث عن الحقبة الاستعمارية إلى نظام الشهر العيني المستحدث بالأمر 75-74 المؤرخ في: 1975/11/12 المتضمن إعداد مسح الأراضي العام، وتأسيس السجل العقاري والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه والذي أساسه وركيزته شهر الممتلكات العقارية أدى بالسلطة التنفيذية التدخل ثلاث مرات لتصحيح العقود العرفية الثابتة التاريخ:

أولا: **بمقتضى المرسوم رقم 80-210 المؤرخ في: 1980/09/13 والذي عدل المرسوم رقم 76- 63 المؤرخ في: 1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري إذ بموجب المادة 03 منه أصبحت المادة 89 من المرسوم 76- 63** محررة على النحو التالي:

(تعدل المادة 89 من المرسوم رقم 76- 63المؤرخ في: 1976/03/25 المذكور أعلاه وتتم ويستبدل بها ما يلي: المادة 89: لا تطبق القاعدة المدرجة في الفقرة الأولى من المادة 88 أعلاه.

-عند الإجراء الأول الخاص بشهر الحقوق العينية العقارية في السجل العقاري والذي يكون متمما تطبيقا للمواد من 8 إلى 18 من هذا المرسوم.

-عندما يكون صاحب الحق المتصرف أو صاحب الحق الأخير ناتجا عن سند إكتسب تاريخا ثابتا قبل أول مارس 1961).

- وعليه فحسب هذا المرسوم اكتسبت العقود العرفية الثابتة التاريخ المحررة قبل 1961/03/01 صيغتها الشرعية[1].

[1]- حمدي باشا عمر، حماية الملكية العقارية ، دار هومة، طبعة 2001، ص 20.

ثانيا: بمقتضى المرسوم التنفيذي رقـم 93- 123 المـؤرخ فـي 19 مـاي 1993 المعـدل والمـتمم للمرسـوم رقـم 76-63 المـؤرخ فـي1976/03/25 المتعلق بتأسيس السجل العقاري والذي تـم بموجبـه تمديـد فتـرة 1961/03/01 إلى الأول من شهر يناير1971 وعليه اكتسبت العرفيـة الثابتـة التـاريخ المحـررة قبـل أول جـانفي 1971 صـيغتها الرسـمية، دون حاجـة للجـوء إلـى الجهـات القضائية لغرض إشهارها كما كان الشـأن سـابقا، إذ يكفـي اللجـوء إلـى الموثـق لتحرير عقد إيداع[1] بشـأنها يـتم شـهره بالمحافظـة العقاريـة المختصـة وعلـى ضوء ذلك أعفيت من الإشهار المسبق الـذي كـان مفـروض بحكـم نـص المـادة 88 من المرسوم 76-63 المشار إليه أعلاه

ثالثا: المنشـور الرئاسـي بـالمؤرخ فـي: 1976/06/30 وقـد جـاء هـذا المنشور لتصحيح العقود العرفيـة الثابتـة التـاريخ والمبرمـة قبـل 1974/03/05 تاريخ العمل بقانون الإحتياطات العقارية وسـن هـذا المنشـور إجـراءات خاصـة، فكلف المحاكم بإجراء تحقيق للمتقاضين عن صحة البيع ومدى توافر أركانه.

- لكن هذا المنشور الرئاسي لم يلق صدى أمـام المحـاكم باعتبـاره لا يقيـد القاضي كونه يحمل وجهة نظر الحكومة في تأويـل المـر رقـم 74- 26 المـؤرخ في1974/02/20 المتعلق بالاحتياطات العقارية، فضـلا علـى أنـه تجاهـل تمامـا الأمر رقم 91/70 المؤرخ فـي: 1970/12/15 المتعلـق بـالتوثيق الـذي يوجـب لصحة المعاملة العقارية إفراغها في قالب رسمي ودفع الـثمن بيـد الموثـق تحـت طائلة البطلان.

- أما بالنسبة **للعقود العرفية غير الثابتـة التـاريخ**: فإنـه لا يمكـن إثبـات حجيتها إلا عن طريق القضاء وهو ما أكدته المـذكرة رقـم 1251 الصـادرة عـن المديرية العامة للأملاك الوطنيـة بتـاريخ 1994/03/29 وكـذا القـرار الصـادر عـن الغرفـة العقاريـة للمحكمـة العليـا تحـت رقـم 198674 المـؤرخ فـي 2000/04/26 " غيـر منشـور"[2] **-(أن قضـاة المجلـس بقضـائهم بـإلزام**

---

[1]- يعاد تسجيل العقد العرفي وفقا لتاريخ الإيداع التوثيقي

[2]- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، 22

الطاعنين بالحضور أمـام الموثـق لتحريـر عقـد رسـمي عـن البيـع المنعقـد بموجب عقد عرفي مؤرخ في 1963/07/01 طبقوا صحيح القانون).

- لكن على القاضي وقبل تثبيت صحة البيـع العرفـي التأكـد مـن تـاريخ إبرام العقد تحت طائلة بطلان حكمه الأمر الذي أكـده قـرار عـن المحكمـة العليـا الغرفة العقارية رقم 197347 مـؤرخ فـي 2000/06/28 " غيـر منشـور" **(مـن المقرر قانونا أن تصحيح العقود العرفية من قبـل القاضـي تتطلـب قبـل تثبيتهـا التأكد من تاريخ إبرام العقد الذي يعد المدار الـذي علـى ضـوئه يعتبـر المحـرر العرفي صحيحا ومنتجا لجميع آثاره أو باطلا بطلانا مطلقا.**

ولما كان ثابتا- في قضـية الحـال- أن قضـاة المجلـس قضـوا بصـحة البيع العرفي اسـتنادا إلـى أن الطـرفيين اعترافـا بصـحته دون تحديـد مـنهم لتاريخ البيع العرفي لمعرفة ما إذا كان الشارع يتطلـب الشـكلية الرسـمية فـإنهم بقضائهم هذا قد تجـاهلوا أحكـام القـانون وجـاءت أسـباب قـرارهم الواقعيـة ناقصة، وهو ما يتعذر معه على المحكمـة العليـا مـن بسـط رقابتهـا وبالتـالي يتعين نقضه).

الفرع الثاني: حجية السندات العرفية بعد قانون التوثيق

بعد صدور الأمـر رقـم 70-91 المـؤرخ فـي 1970/12/15 المتضـمن مهنة التوثيق الذي بدأ سريان تطبيقه فـي01 ينـاير1971 جـاءت المـادة 12 منـه على أن " **العقود التي تتضمن نقـل ملكيـة العقـار والحقـوق العقاريـة يجـب أن تحرر تحت طائلة البطلان في شكل رسمي وأن يدفع الثمن لدى الموثق"**

وبذلك لم تعد الرسمية شرط للإثبـات فقـط بـل أصـبحت شـرط لانعقـاد العقد وركن فيه وتخلفهما يعرضهما للبطلان المطلق.

- وهو ما أكدته الغرف المجتمعة للمحكمـة العليـا بعـد تـردد كبيـر فـي القـرار رقـم 136156 المـؤرخ فـي 1997/02/18، مجلـة قضـائية 1997 عدد01 صفحة 10 **(من المقـرر قانونـا أن كـل بيـع إختيـاري أووعـد بـالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولـو كـان معلقـا علـى شـرط أو صـادر بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا.**

من المقرر أيضا أنه زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل الملكية عقارا أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أوكل عنصر من عناصرها يجب أن يحررها على الشكل الرسمي.

ومن المقرر أيضا أن يعاد المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله) حيث أنه كانت المحكمة العليا في تلك الفترة تعطي للعقود العرفية مرتبة العقود الرسمية وترتب عليها نفس الآثار وقد أحدث ذلك إشكالات دفعت بالأطراف المتعاقدة إلى الابتعاد عن المؤسسات الرسمية والتعامل بالعقود العرفية رغم أن المادة 351 من قانون التسجيل الصادر بموجب الأمر رقم 76- 105 المؤرخ في 1976/12/09 كانت تحظر تسجيل العقود العرفية بمصالح التسجيل والطابع. إلا أن هذه المادة 351 من قانون التسجيل تم إلغاؤها فيما بعد بموجب أحكام المادة 178 فقرة 06 من قانون المالية التكميلي لسنة 1983 ومن ثم تم تسجيل العقود العرفية. والمادة 256 من قانون التسجيل قائمة والمادتين 12 و13 من الأمر رقم 91/70 المؤرخ في 15 ديسمبر1970 نصتا صراحة على بطلان العقود العرفية المتعلقة بنقل الملكية العقارية بطلانا مطلقا وتم التراجع عن ذلك فيما بعد وأعيدت أحكام المادة 351 من قانون التسجيل وأعيد حظر تسجيل العقود العرفية بمقتضى أحكام المادة 63 من قانون المالية لسنة 1992 وبقيت العقود العرفية التي تم تسجيلها بحوزة أصحابها بدون حل بسبب تناقض وتضارب النصوص القانونية.

- ثم الغرفة العقارية للمحكمة العليا في القرار رقم 148541 المؤرخ في 1997/05/23 مجلة قضائية 1997 عدد 1 ص 183: **(من المقرر أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها للشكل الرسمي يجب أن تحرر على هذا الشكل تحت طائلة البطلان ومن ثم فإن القرار المطعون فيه لم يخرق القانون ولم يخالف الاجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي أعيد النظر فيه بموجب**

القـرار رقـم 136156 المـؤرخ فـي 1997/02/18 المكـرس بموجـب المـادة 324 مكرر01 من القانون المدني فيما يخص العقود العرفية.

- وأن قضاة المجلس لما قضـوا بـبطلان البيـع بالعقـد العرفـي للقطعـة الأرضية المشاعة بين الورثة المالكين فإنهم طبقوا صحيح القانون).

- وعليه فإن العقود العرفية المبرمة بعـد 1971/01/01 تعتبـر فـي حكـم القانون باطلة بطلانا مطلقا لكون المسالة تتعلـق بـركن مـن أركـان العقـد حتـى ولـو تـم تسـجيلها - الأمـر الـذي أكـده القـرار رقـم 62624 مـؤرخ فـي 1990/09/24 مجلة قضائية 1992 عدد 02 ص 24.

(حيث أن تسجيل العقد العرفي لا يكسبه الرسـمية بـل أقصـى مـا يفيـده التسجيل هو إثبات التاريخ فقط أما مضمون العقد فيبقـى بعيـدا كـل البعـد عـن الرسمية) - بمصلحة التسجيل والطـابع بمفتيشـية الضـرائب وهـذا طبقـا لـنص المـادة 63 مـن القـانون رقـم 91-25 المـؤرخ فـي 1991/12/16 المتضـمن قانون المالية لسنة 1992 (يمنـع مفتشـوا التسـجيل مـن القيـام بـإجراء تسـجيل العقود العرفيـة المتضـمنة الأمـوال العقاريـة أو الحقـوق العقاريـة، المحـلات التجارية أو الصناعية أوكل عنصر يكونها التنـازل عـن الأسـهم والحصـص فـي الشـركات، الإيجـارات التجاريـة، إدارة المحـلات التجاريـة أو المؤسسـات الصناعية، العقود التأسيسية أو التعديلية للشركات)[1].

- وبالتالي فإن العقود العرفية المحـررة بعـد 1970/12/15 لـيس لهـا أي أثر بالنسبة لنقل الحقوق العينية العقاريـة ولا يترتـب عنهـا إلا حقـوق شخصـية لأطرافها وبالتالي تعتبر باطلة بطلانا مطلقا ويجـوز لكـل ذي مصـلحة أن يطلـب إبطالها كما يجوز للقاضي إثارتها تلقائيا تطبيقا للمـادة 324 مكـرر1 مـن القـانون المدني.

- أن العقود الباطلة، ترتب آثارا والتزامات شخصـية مثـل التعـويض عـن الأضرار الناشئة عن بطلان العقد وإرجاع ثمن المبيع مقابـل إخـلاء العقـار محـل

---

[1]- حمدي باشا عمر، المرجع السابق، ص 26

البيع إذا كان ممكنا وذلك لأن هناك حـالات يسـتحيل فيهـا إعـادة الطـرفين إلـى الحالة التي كانا عليها قبل البيع مثلا كنزع الملكية من أجل المنفعة العامة.

- فالأحكام التي تقضي بصـحة البيـع العرفـي الصـادر بعـد 1970 هـي أحكام مخالفة للقانون ومعرضة للنقض وأن الأحكام التـي تقضـي بصـحة الاتفـاق الوارد في العقـد العرفـي وصـرف الطـرفين إلـى إتمـام الإجـراءات الشـكلية والكتابة الرسمية أمام الموثق هي أيضا أحكام مخالفـة للقـانون ويسـتحيل تنفيـذها عمليا[1].

الفـرع الثـالث: أمثلـة عن العقـود العرفيـة

يمكن التمييز بين أنواع العقود العرفية و آثارها على النحو التالي:

أ/ عقود إيجار فلاحيـة: نصـت المـادة 2/53 مـن القـانون رقـم 90-25 المـؤرخ فـي: 18 نـوفمبر1990 المتضـمن التوجيـه العقـاري علـى مـايلي: (...ويمكن أن تحرر عقود إيجار الفلاحية في شكل عقود عرفية).

- يستخلص من هذا النص أن عقود الإيجـار الزراعيـة لـم تعـد تخضـع للشكل الرسمي الذي فرضـته المـادة 324 مكـرر 1 مـن القـانون المـدني، بـل يمكن إبرامها على الشكل العرفي تطبيقا لقاعدة الخاص يقيد العام.[2]

ب/ العقود العرفية الواقعة على الملكية العقارية:

أولا: العقــود العرفيــة المشــهرة وفقــا للمرســوم 1936/03/11 فهــذا المرسوم كان يقضي بتطبيـق مقتضـيات المرسـوم الصـادر فـي 1935/10/30 بالجزائر و المتعلق بتعديل نظام تسجيل الرهـون العقاريـة وكـان هـذا المرسـوم يسمح للأشخاص بشهر عقـودهم العرفيـة لـدى المحافظـة العقاريـة أو مايسـمى بمحافظة الرهون العقارية. وإجراء هذه الشكلية يعطـي للعقـود العرفيـة المشـهرة حجية في مواجهة الغير و تنص المـادة 2 مـن مرسـوم1935/10/30 بـأن يـتم

---

[1]- عبد الحفيظ بن عبيدة : إثبات الملكية العقارية و الحقوق العينية العقارية، دار هومة، الجزائـر، طبعـة 2003، ص 86.

[2]- حمدي باشا عمر، دراسات قانونية مختلفة، دار هومه، الجزائر، طبعة 2002، ص:46.

شهر العقود العرفية بعد إيداعها لدى الموثق في خلال 03 أشهر من تاريخ توقيعها.

هناك أيضا العقود العرفية المنصبة حول العقارات غير المفرنسة في بعض الجهات من الجزائر ولاسيما في منطقة القبائل و التي أخضعها مرسوم 1947/02/09 إلى إلزامية شهرها في مصلحة الرهون العقارية وبالتالي يكون لهذه العقود العرفية حجية و قوة إثبات تقترب من العقود الرسمية نظرا لإشهارها.

ثانيا: العقود العرفية المحررة و الثابتة التاريخ قبل صدور قانون التوثيق في:1970/12/12 هذه العقود العرفية صحيحة و ناقلة للحقوق العينية العقارية فيما يتعلق بنوع الملك و هي أيضا جائزة بالنسبة للحقوق العينية التبعية مثل حق الإنتفاع، لكن بالنسبة للتصرفات الواقعة بين 1964 و 1970 يجب على أطراف العقد العرفي تقديم الرخصة الإدارية المسلمة لهم من طرف الوالي عملا بالمرسوم رقم 64-15 المؤرخ في: 1964/01/20 المتعلق بحرية المعاملات.

- أما العقود المحررة قبل 1964 فلا يطلب من الأطراف هذه الرخصة ويكفي العقد.

ج- عقد اللفيف[1]: الذي سبق و أن تطرقنا إليه – بالبرغم من تحريره من طرف ضابط عمومي- الموثق- إلا انه يعد عقدا عرفي.

---

[1]- أكثر تفصيلا عن عقد اللفيف، أنظر صفحة: 29.

المبحـث الثـالث: مـوقف الإجتهـاد القـضائـي

اشترط المشرع الجزائري في المادة 324 مكـرر1 ومـا بعـدهامن القـانون المدني العقود التي لابد أن يتوفر فيها الشكل الرسـمي مـع إشـهار العقـد المثبـت لها في البطاقات العقارية على مستوى المحافظة العقاريـة المختصـة لكـن وعلـى الرغم من صـراحة النصـوص ظلـت المحكمـة العليـا متجاهلـة هـذه القـوانين ومؤكدة على صحة العقود العرفية مرتبة عليها آثار العقد الرسمي.

- لكن وبعد العمـل بهـذا- الاجتهـاد- حقبـة زمنيـة معتبـرة، تراجعـت المحكمة العليا عن موقفها فـي قـرار الغـرف المجتمعـة الشـهير الصـادر فـي 1997/02/20 وعليه يطرح التساؤل التالي: **هـل تعتبـر الكتابـة شـرط للانعقـاد أم شرط للإثبات ؟ وما الجديد الذي جـاء بـه قـرار الغـرف المجتمعـة الصـادر في:1997/02/20؟**

المطلب الأول: موقف الاجتهاد القضائي من مسألة الشكلية في العقود

يرجع طرح مشكل تكييف الشـكلية إلـى الأمـر 70-91 المـؤرخ فـي:15 ديسمبر1970 المتعلق بالتوثيق حيث تنص المـادة 12 منـه" **زيـادة علـى العقـود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي فـأن العقـود التـي تتضـمن نقـل العقار أو حقوق عقاريـة أو محـلات تجاريـة أو صـناعية أوكـل عنصـر مـن عناصرها أو تخلي عن أسهم شركة أو جـزء منهـا أو عقـود إيجـار زراعيـة أو تجارية أو عقود تسيير المحلات التجارية أو المؤسسـات الصـناعية يجـب تحـت طائلة البطلان أن تحرر هذه العقـود فـي شـكل رسـمي مـع دفـع الـثمن إلـى الموثق**" غير أن المشرع أدرج مضـمون المـادة 12(مـن الأمـر الملغـى) فـي القانون المدني وذلك من خلال إضافة مادة جديدة في القـانون المـدني تحمـل رقـم 324 مكرر1.

- وأما **المادة 79 تجاري** فأنها تنص:**"كـل بيـع اختيـاري أو وعـد بـالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولـو كـان معلقـا علـى شـرط أو صـادر بموجب عقد من نوع آخر أو كان يقضـي بانتقـال المحـل التجـاري بالقسـمة أو**

المزايدة أو بطريق المساهمة به في رأس مال الشركة يجب إثباته بعقد رسمي و إلا كان باطلا".

أن وضوح دلالة هذه النصوص القانونية لم تمنع الاختلافات في تأويلها فهناك اجتهاد قضائي يكيف الشكلية الرسمية على أنها شكلية غير مباشرة[1] ومن ثم فلا يؤثر تخلفها على صحة العقد.

وهناك إجتهاد قضائي يرى العكس فيعتبر الشكلية الرسمية التي أشار إليها هذان النصان ركنا في العقد يترتب على تخلفها البطلان المطلق للعقد.

- ومن بين القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي أخذت بالرأي الأول نذكر على سبيل المثال:

- فقد جاء في قرار مؤرخ في:90/02/07 ملف رقم 57930 المنشور بالمجلة القضائية" التطبيقات القضائية في المادة العقارية" ص 27-31 أنه:"**إذا كان عقد البيع الوارد على عقار قد تم بين البائع والمشتري أو كانت أركانه كاملة من حيث الرضا، المحل والثمن ولم ينكر البائع ذلك ولم ينازع في أركانه، على المحكمة أن تأمر بإتمام النقص المتمثل في الرسمية، إما أن تلغي عقدا تام الأركان بسبب عدم احترامه للشكلية الرسمية فهذا مخالف للقانون"**

- وكذلك القرار الصادر في88/06/29 ملف رقم 45312 المجلة السابقة ص 35-37: **(على أن عقد البيع هو عقد رضائي وإبطال عقد البيع العرفي لعدم الرسمية خطأ في تطبيق القانون لأن المادة 351 من قانون التسجيل التي تشترط الشكلية لتسجيل العقود الناقلة للملكية قد ألغيت بقانون المالية التكميلي لسنة 1983).**

- ومن بين القرارات الصادرة عن المحكمة العليا التي تعتبر الشكلية الرسمية ركنا من أركان العقد يترتب على تخلفا البطلان المطلق للعقد

[1]- الشكلية غير المباشرة: هي كل الإجراءات التي يفرضها القانون قبل أو بعد إبرام العقد و قد سميت كذلك لأنها لا تتصل مباشرة بالتصرف القانوني و من بين هذه الإجراءات الشهر العقاري، القيد في السجل التجاري...الخ

- قرار صادر بتاريخ 1983/10/26 ملف رقم 29501 مجلة قضائية 1990 العدد الرابع صفحة 45:

- (ولما كان ثابت أن الطبيعة القانونية المضفاة على حق الارتفاق كحق عيني هي التي أدت إلى إخضاع انتقال ملكيته في المادة 12 من قانون التوثيق لأشكال جوهرية يترتب على تخلفها عدم جواز الاحتجاج به تجاه الغير ومن ثمة كان وجوبا على الأطراف إفراغ الاتفاق المبرم حوله في عقد رسمي وتولي إجراءات إشهاره ليصح بالتالي التمسك بحصول التصرف ومن ثمة فإن إثباته لا يجوز بشهادة الشهود أو بالقرائن والقضاة الذين حكموا بثبوته بسبب تخلف الكتابة الرسمية قد التزموا صحيحا القانون وكان تطبيقهم له سليما وغير جدير بالنقض).

- وكذلك القرار المؤرخ في:82/12/18:**(... أنه إذا كان العقد يبرم من حيث المبدأ بمجرد اتفاق بين ارادتين... فإن الأمر ليس كذلك عندما يشترط القانون وبصورة استثنائية توفر شكل من الأشكال الرسمية، حيث يصبح تدخل الموثق وتحت طائلة البطلان واجبا...).**

- يتضح من كل هذه القرارات ومن تواريخ صدورها أن هناك تناقض في الإجتهاد القضائي يجب وضع حد له وهذا ما قامت به المحكمة العليا بهيئة الغرف المجتمعة من خلال القرار المبدئي الصادر بتاريخ 1997/02/18 ملف رقم 136156 مجلة قضائية العدد الأول لسنة 1999 صفحة 10: (**من المقرر قانونا أن كل بيع إختياري أووعد بالبيع وبصفة أعم كل تنازل عن محل تجاري ولو كان معلق على شرط أو صادرا بموجب عقد من نوع آخر يجب إثباته بعقد رسمي وإلا كان باطلا.**

ومن المقرر أيضا زيادة على العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى شكل رسمي يجب تحت طائلة البطلان تحرير العقود التي تتضمن نقل ملكية عقار أو حقوق عقارية أو محلات تجارية أو صناعية أوكل عنصر من عناصرها أو... في شكل رسمي" ومن المقرر أيضا أنه يعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كان عليها قبل العقد في حالة بطلان العقد أو إبطاله.

ولما ثبت في قضـية الحـال أن قضـاة الإسـتئناف لمـا اعتبـروا العقـد العرفي المتضمن بيع قاعدة تجاريـة عقـدا صـحيحا مكتمـل الشـروط الخاصـة بوصف المبيع وتحديد الثمن وتترتب عليه التزامات شخصـية متمثلـة فـي إتمـام إجراءات البيع يكونون بقضائهم هذا قـد خرقـوا القـانون الـذي يعتبـر الشـكل الرسمي في بيع قاعدة تجارية شرطا ضـروريا لصـحة البيـع وأن تحريـر عقـد البيع في شكل آخر يخالف القانون يؤدي إلى بطـلان ذلـك العقـد بطلانـا مطلقـا كونه يمس بالنظام العام ومتى كان كذلك استوجب نقض القرار).

- لقد انتهى قضاة المحكمـة العليـا فـي قـرارهم هـذا إلـى أن الشـكلية الرسمية التي فرضتها المادتان 79 تجاري و324 مكرر1 مـدني ركـن فـي العقـد يترتب على تخلفها البطلان المطلق إضافة إلـى هـذا فـإن الحكـم الـذي تتضـمنه هاتان المادتان لا يدع أي شك على أن الشـكل الرسـمي هـو ركـن مـن أركـان العقد وليس مجرد وسيلة للإثبات، ولو كان الغـرض مـن الشـكلية الرسـمية هـو إثبات التصرف القانوني لكـان التصـرف صـحيحا ولـو لـم يحتـرم المتعاقـدان الشكلية المقررة.

- إلا أن السيد حمدي باشا عمر يرى أن مـا يعيـب علـى قـرار- الغرفـة المجتمعـة – للمحكمـة العليـا، عـدم دقتـه فـي انتقـاء المصـطلحات القانونيـة الصحيحة، لأن الرسمية وعلى خلاف ما ذهب إليه قـرار المحكمـة العليـا لا تعـد شرطا لصحة العقد، بل ركنا ركينا فيه.

إذ أن شروط صحة العقد هي تـوافر الأهليـة وخلـو الإرادة مـن العيـوب التي تشوب رضا أحد المتعاقدين وهي الغلط، التدليس، الإكراه والإستغلال.

- أما أركان العقد(شروط الانعقاد) فهي التراضـي، المحـل، السـبب وقـد يضيف القانون ركنـا رابعـا إلـى جانـب هـذه الأركـان الثلاثـة وهـو الشـكل الرسمي[1].

[1]- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، الجزائر، طبعة 2002، ص 129.

- كما أن هذا القرار يعتبر خطوة جديدة جـاء فـي الوقـت المناسـب لكـي يوحد الاجتهاد القضائي في نقطة قانونيـة هامـة وحساسـة نظـرا لكثـرة القضـايا المطروحة على مختلـف الجهـات القضـائية وليـذكر جميـع القضـاة بضـرورة تطبيق القانون تطبيقا سليما.

المطلب الثاني: موقف اجتهاد القضائي من العقود العرفية

كانت المحكمة العليا- في ظـل الاجتهـاد القـديم- تعطـي للعقـود العرفيـة الحجية الكاملة مؤيدة اتجاه المحاكم التي تقضـي بصـحة العقـود العرفيـة وإلـزام البائع بالتوجيه أمام الموثق لإتمام إجـراءات البيـع النهـائي مـع المشـتري وفـي حالة الامتناع قام الحكم مقام العقد.

- حيث جـاء فـي قـرار الغرفـة المدنيـة رقـم 61796 المـؤرخ فـي: 1990/11/19 " غير منشـور" **(حيـث كـان علـى قضـاة الموضـوع مناقشـة المادتين 351 و361 من القانون المـدني ولـيس المـادة 12 مـن الأمـر 91/90 الغير قابلة للتطبيق بين الطرفين) .**

- كمـا أكـد هـذا الاتجـاه قـرار صـادر عـن نفـس الغرفـة بتـاريخ 1995/05/05 تحت رقم 108 181 "غير منشور":**(وأنـه بإحالـة الطـرفين أمـام الموثق لإتمام إجراءات البيع النهـائي، فـأن قضـاة الموضـوع طبقـوا القـانون تطبيقا سليما، وأنه لا يمكن للمـدعي الاحتجـاج بخـرق المـادة 12 مـن الأمـر 70-91 المؤرخ في: 1970/12/15 التي جاءت فـي صـالح الخزينـة العموميـة والشهر العقاري فقط).**

- وقد كان موقف المحكمة العليا هذا مبررا بالحجج التالية: [1]

1- أن البيع ينتج آثـاره بمجـرد تبـادل الإيجـاب والقبـول وتحديـد ثمـن المبيع أما الإجراءات التي فرضتها المادة 324 مكرر01 مـن القـانون المـدني مـا هي سوى إجراءات لتمام العقد.

---

[1]- حمدي باشا عمر، نقل الملكية العقارية، دار هومة، طبعة 2002، ص 128.

2- أن المـادتين 351 و361 مـن القـانون المـدني تلزمـان البـائع بنقـل ملكية المبيع إلى المشتري والامتناع عن كل ما من شـأنه أن يجعـل نقـل الملكيـة عسيرا أو مستحيلا.

3- أن المادة 324 مكـرر01 مـن القـانون المـدني جـاءت فـي صـالح الخزينة العمومية والشهر العقاري فقط.

4- أن الإحتكـار الـذي كـان ممنوحـا لصـالح البلـديات فيمـا يخـص المعـاملات العقاريـة فـي المجـال الحضـري المنشـأ بموجـب الأمـر 74-26 المـؤرخ فـي:1974/02/20 المتعلـق بالاحتياطـات العقاريـة للبلديـة (الملغـى بموجـب المـادة 88 مـن القـانون رقـم 90-25 المـؤرخ فـي:1990/11/18 المتضمن التوجيه العقاري) الذي كان يستثني الأراضـي المعـدة للبنـاء التـي تقـع داخل المنطقة العمرانية من التـداول بـين الأشـخاص إلا لصـالح البلديـة (الـذي يستثنى من هذا الحظر سوى نقل الملكية بموجب الإرث) مقابـل ثمـن يـتم تقويمـه من قبل مصالح أملاك الدولة هو الذي جعـل المـواطنين يلجـؤون بشـكل مكثـف إلى المعاملات العرفية، وهو ما جعل المحكمـة العليـا تتماشـى مـع هـذا الواقـع الاجتماعي، وتتعـاطف مـع المتقاضـين الـذين تعـاملوا فـي أملاكهـم العقاريـة بموجب عقود عرفية، وربما أيضا لعـدم اقتنـاع قضـاة المحكمـة العليـا بـالقيود الشديدة التي فرضها هذا القانون.

- ظلت المحكمة العليا قدحا من الزمن تعطي للعقـود العرفيـة قـوة ملزمـة شأنها شأن العقود الرسمية إلى غايـة 1997/02/20 أن اجتمعـت بجميـع غرفهـا بأمر من الرئيس الأول لها وقررت بالتاريخ المـذكور فـي القـرار الحامـل رقـم 136 156.

- (حيث أن الشـكل الرسـمي فـي عقـد بيـع- محـل تجـاري- شـرط ضروري لصحته وأن تحرير عقد البيع في شـكل آخـر يخـالف القـانون ويـؤدي إلى بطلان ذلك العقد)

- أن هذا القرار المبدئي قد فصل في نقطة قانونية هامـة تتمثـل فـي مـدى صحة العقود العرفية ووضع حدا للتباين الموجود علـى مسـتوى العمـل القضـائي في المحاكم والمجلس القضائية.

- وبهذا تكون المحكمة العليا قد جسـدت الـدور المنـوط بهـا دسـتوريا ألا وهو توحيد الاجتهاد وبالتالي تامين العلاقات القضائية

- ولم يكن هذا الاجتهاد سـهل التكـريس إذ أن عـرض الملـف 153 136 على الغرفة المختلطة للمحكمة العليا للنظر فيه وفقا لأحكـام المـادة 20 ومـا يليهـا من القانون رقم 89-22 المـؤرخ 1989/12/12 المتعلـق بصـلاحيات المحكمـة العليا وتنظيمها وسيرها لكـون مسـألة العقـد العرفـي طرحـت إشـكالات جديـة خاصة بالتأويل القانوني.

- فاجتمعت الغرفة المختلطة- المكونة من قضـاة الغرفـة المدنيـة وقضـاة الغرفة التجاريـة والبحريـة – بتـاريخ 1996/05/21 وتمـت مناقشـة الإشـكال القانوني المتعلق بمدى حجية العقود العرفية لكن بدون الخروج برأي موحد.

- لأن الغرفة المدنيـة تمسـكت بموقفهـا القائـل بصـحة العقـود العرفيـة وكذلك الأمر بالنسبة للغرفة التجاريـة والبحريـة التـي تمسـكت بموقفهـا الرامـي إلى الحكم ببطلان العقود العرفية المنصبة علـى بيـع المحـل التجـاري أو العقـار ونظرا للتناقض الملحوظ في مـوقفي الغـرفتين قـررت الغرفـة المختلطـة إحالـة الملف على الغرف المجتمعة للفصل فيه، لأن القرار الـذي سيصـدر سـيؤدي إلـى تغيير الإجتهاد القضائي لإحدى الغرفتين وذلـك عمـلا بمقتضـيات نـص المـادتين 22 و23 من القانون المؤرخ فـي:1989/12/12 المتعلـق بصـلاحيات المحكمـة العليا

- ولقد إنتهت هذه الإجراءات بالقرار الصادر في: 1997/02/12 المشار إليـه أعلاه.

- علما أن الحل القانوني الذي أعطته الغرف المجتمعة يتعلـق بمـدى صـحة العقود العرفية التي تتضمن بيع محلات التجارية، لكن يمكن توسيع نطاق هذا القـرار ليشمل أيضا جميع المعاملات الواردة في صلب نص المادة 324 مكرر 01 من القانون

المدني وخاصة تلك التي تتعلق ببيع العقارات المبينة وغير المبينة وهو الشيء الذي أكدته المذكرة الصادرة عن المفتشية العامة لوزارة العدل بتاريخ 1997 تحت رقم 97/02، ثم القرار الصادر عن الغرفة العقارية للمحكمة العليا في 1997/05/23 تحت رقم 148541: **(من المقرر قانونا أن العقود التي يأمر القانون بإخضاعها إلى الشكل الرسمي يجب تحت طائلة البطلان أن تحرر على شكل رسمي.**

- ومن ثم فأن القرار المطعون فيه لم يخرق القانون ولم يخالف اجتهاد القضائي للمحكمة العليا الذي أعيد النظر فيه بموجب القرار الصادر في1997/02/18 تحت رقم 136.156 .

- وعليه فإن قضاة المجلس لما قضوا ببطلان البيع بالعقد العرفي للقطعة الأرضية المشاعة بين الورثة المالكين، فإنهم طبقوا صحيح القانون)

إلا أن الأستاذ عمر زودة – المستشار بالمحكمة العليا- يرى أن القرار الصادر في 1997/02/18 قد أتى بجديد ولكنه لم يأتي باجتهاد لأن القضاء عندما يقوم بتطبيق القانون تطبيقا آليا فهو لا يجتهد، فعندما يقرر القاضي بطلان عقد بيع العقار الذي حرر في شكل عرفي فهو يلتزم بتطبيق نص المادة 12 من قانون التوثيق تطبيقا آليا، ويعود ذلك إلى دلالة النص الواضح حيث أصبحت عقود بيع العقار عقود شكلية منذ سريان هذا القانون، فإذا لم يحرر عقد بيع العقار أو القاعدة التجارية في شكل رسمي أصبح العقد باطلا بطلانا مطلقا وهذا حكم يستدل به مباشرة من نص هذه المادة وهذا ما كرسه قرار المحكمة العليا الأخير. [1]

[1]- راجع تعليق على قرار الغرف المجتمعة الصادر بتاريخ 1997/02/18 من قبل السيد عمر زودة مستشار بالغرفة المدنية للمحكمة العليا منشور بمجلة الموثق، العد 7 جويلية 1999 ص 11

الخــاتمــة:

إن تأكيد الشريعة الإسـلامية، والمشـرع الجزائـري واجتهـادات المحكمـة العليا على الصيغة الرسمية للعقود لأنها الامتياز الوحيد الـذي يغـرس فـي نفـوس الأطراف الطمأنينة و الثقة على ما أقـدموا عليـه مـن تصـرفات وهـو الوسـيلة القانونية التي يتم بها تحقيق المضـمون و يتوقـف وجـود العمـل القـانوني علـى هذه الوسيلة أو بعبارة أخرى فـإن الشـكلية هـي عنصـر خـارجي قـد يشـترطه القانون أن يصادف إلى عناصر الموضوعية (وهـي التراضـي والمحـل والسـبب) التي يتكون منها العمل القانوني فيسـمى العنصـر الخـارجي الـذي يضـاف إلـى العناصر الموضوعية بالوسيلة أو الشكل القانوني.

- فبفضل هذا القرار فقد عادت المحكمة العليا إلى جـادة القـانون كمـا انـه أنهى الفوضى التي كانت سائدة بين المحاكم والمجالس القضائية.

وإذا أرادت أي دولة اللحاق بالركب الحضـاري ومواكبـة التطـور السـريع ولن يتأتى لها ذلك إلا بكفالة وتوفير المناعة الرسـمية لمـا يلعبـه العقـد الرسـمي من أدوار لا يستهان بها فـي أنظمـة الـدول المتقدمـة ذلـك أنـه وسـيلة رقـي المعاملات القانونية والاجتماعيـة وأن مصـداقيته تعكـس مـدى مصـداقية الدولـة وأنه أداة فعالة في المراقبة والتسيير.

وأملنا أن تلتزم المحاكم بهذا القـرار المبـدئي الـذي سـاعد علـى توحيـد القضاء ويزيد العدالة مصداقية.